



FACULDADE
BAIANA DE
DIREITO

FACULDADE BAIANA DE DIREITO
PÓS GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS

NILTON ROBERTO MARTINS CABRAL GUIMARÃES

**AS INCONSTITUCIONALIDADES DO ESTUPRO DE
VULNERÁVEL PREVISTO NO *CAPUT* DO ARTIGO 217-A
DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO FRENTE AO AXIOMA
CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA**

Salvador

2019

NILTON ROBERTO MARTINS CABRAL GUIMARÃES

**AS INCONSTITUCIONALIDADES DO ESTUPRO DE
VULNERÁVEL PREVISTO NO *CAPUT* DO ARTIGO 217-A
DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO FRENTE AO AXIOMA
CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA**

Trabalho de conclusão de curso de Pós-Graduação em Ciências Criminais.
Faculdade Baiana de Direito, como requisito para obtenção do grau de
especialista em Ciências Criminais

Salvador

2019

NILTON ROBERTO MARTINS CABRAL GUIMARÃES

**AS INCONSTITUCIONALIDADES DO ESTUPRO DE
VULNERÁVEL PREVISTO NO *CAPUT* DO ARTIGO 217-A
DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO FRENTE AO AXIOMA
CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA**

Trabalho de conclusão de curso como requisito para obtenção do grau de especialista em Ciências Criminais. Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome _____

Titulação e instituição _____

Nome _____

Titulação e Instituição _____

Nome _____

Titulação e Instituição _____

Salvador, ___/___/ 2019

“A Essência do Homem é a Liberdade, uma vez que esta é manifestação primeira possibilitante de todo e qualquer projeto existencial” (Eugênio Raul Zaffaroni)

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo central promover a análise da Constitucionalidade do artigo 217-A do Código Penal Brasileiro, que prevê o Estupro de Vulnerável, na hipótese de relacionamento sexual com menor de 14 (Quatorze) anos, frente ao axioma Constitucional, previsto no artigo 5º, inciso LVII, que determina a Presunção de Inocência (não culpabilidade).

No dispositivo legal traz a presunção de violência, ou seja, a conjunção carnal ou qualquer ato libidinoso foi presumidamente realizado de forma abusiva (sem violência), por falta de capacidade de consentimento.

A Presunção de Violência não tem ressonância Constitucional, haja vista, a Constituição Federativa do Brasil de 1988, por ser um diploma que reinaugura o Estado Democrático de Direito, tem diversas disposições protetoras e assecuratórias da franquia individual da liberdade, pautado na Presunção de Inocência.

É demonstrado que o tema sofre inúmeros influxos da moral (conservadora), e em diversos momentos é pautado a tutela da moralidade pública, em detrimento de efetivos Bens jurídicos, o que não é concebível num Estado Democrático de Direito.

Foi tratado das influências na (in) evolução social dos costumes, e o regramento criado nos anos 40 do século 20, não mais tem sinergia social no século 21, ainda que a reforma produzida pela lei 12.015/2009, tenha mantido o instituto, e com o mesmo critério etário.

Neste trabalho também foi demonstrado como o instituto é regido no Direito estrangeiro, em particular no Direito Português e Espanhol.

Ainda foi abordado a análise do comparativo do artigo 217-A que prevê o Estupro de vulnerável, com o artigo 213 também do Código Penal, que trata do Estupro.

O Estupro de vulnerável tem pena base que varia de 8 a 15 anos de reclusão (violência ficta), enquanto que o estupro (violência real) tem pena base que varia de 6 a 10 anos de reclusão, o que se mostra desproporcional, haja vista é

reconhecida uma maior lesividade na violência presumida, que na violência real, o que macula todo um rol de axiomas constitucionais.

É tratado neste trabalho também uma eventual incompatibilidade entre o Código Penal Brasileiro e o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8069/1990), já que o dispositivo menoril determina no artigo 2º, que a partir de 12 anos a pessoa já é adolescente, e capaz de consentir nos atos de guarda, tutela, adoção, bem como capaz de sofrer medidas socioeducativas, inclusive de internação, por até 3 (Três) anos (cerceamento de liberdade), enquanto que o Código Penal determina que até os 14 anos, o consentimento sexual do adolescente é inválido.

Diante deste quadro jurídico complexo que envolve a tutela sexual do menor, deve-se ser pautado nos princípios da presunção de inocência, dignidade da pessoa humana, necessidade social e valorização dos Direitos humanos, sem descuidar do menor interesse e vulnerabilidade do menor.

Palavras-chaves: Estupro de Vulnerável, Presunção de Inocência, Presunção de Violência, Inconstitucionalidade, Estupro.

ABSTRACT

The present study has as main objective to promote the analysis of the Constitutionality of article 217-A of the Brazilian Penal Code, which provides for the Vulnerable Rape, in the hypothesis of sexual intercourse with less than 14 (fourteen) years, in face of the Constitutional axiom, article 5, item LVII, which determines the Presumption of Innocence (not guilty).

In the legal device brings the presumption of violence, ie, the carnal conjunction or any libidinous act was presumably carried out abusively (without violence), for lack of ability to consent.

The Presumption of Violence does not have a Constitutional Resonance, since the 1988 Federal Constitution of Brazil, as a diploma that reopens the Democratic State of Right, has several protective and assecuratory dispositions of the individual freedom franchise, based on the Presumption of Innocence.

It has been shown that the subject suffers innumerable influences of (conservative) morality, and at various times the protection of public morality, in detriment of effective legal Goods, is foreseen, which is not conceivable in a Democratic State of Right.

It was treated of influences in the social (in) evolution of customs, and the rule created in the 40s of the 20th century, no longer has social synergy in the 21st century, although the reform produced by law 12.015 / 2009, maintained the institute, and with the same age criterion.

In this work it was also demonstrated how the institute is governed by foreign law, in particular in Portuguese and Spanish Law.

Also discussed was the comparative analysis of article 217-A which provides for rape of vulnerable, with article 213 also of the Penal Code, which deals with rape.

The Rape of Vulnerable has a basic punishment ranging from 8 to 15 years of imprisonment (fictitious violence), while rape (actual violence) has a basic punishment ranging from 6 to 10 years of imprisonment, which is disproportionate, it is recognized a greater lesivity in presumed violence than in real violence, which tarnishes a whole range of constitutional axioms.

This article also deals with a possible incompatibility between the Brazilian Penal Code and the Statute of the Child and Adolescent (Law 8069/1990), since the minority device determines in article 2 that after 12 years the person is already a teenager, and able to consent to acts of custody, guardianship, adoption, as well as capable of undergoing socio-educational measures, including hospitalization, for up to 3 (three) years (restriction of liberty), while the Penal Code states that up to 14 years, the adolescent's sexual consent is invalid.

Faced with this complex legal framework that involves the sexual protection of the minor, it should be based on the principles of presumption of innocence, dignity of the human person, social need and appreciation of human rights, without neglecting the minor's interest and vulnerability.

Keywords: Rape of Vulnerable, Presumption of Innocence, Presumption of Violence, Unconstitutionality, Rape.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 PRESUNÇÃO LEGAL DE VIOLÊNCIA NOS CRIMES SEXUAIS CONTRA MENORES	13
2.1 Evolução Histórica	13
2.2 Posicionamento da Doutrina e da Jurisprudência	15
2.3 Críticas ao Instituto	20
3 O ECA O CÓDIGO PENAL E A AUTODETERMINAÇÃO SEXUAL DO MENOR	22
3.1 Breve Histórico do critério etário da imputabilidade	22
3.2 O Critério etário para o Consentimento	23
3.3 As transformações sociais e culturais na sociedade	24
3.3.1 As transformações do padrão do comportamento do jovem	25
3.4 A mudança axiológica entre o Código de Menores e o ECA	27
3.5 A Antinomia entre o ECA e o Código Penal	27
3.5.1 A Necessidade de sistematização	30
4 PRESUNÇÃO CONSTITUCIONAL DE INOCÊNCIA	32
4.1 Previsão no ordenamento jurídico nacional e Internacional	33
4.2 Natureza de Direito Fundamental	37
4.2.1 Função dos Direitos Fundamentais e sua relação com o princípio da Presunção de inocência	40
4.3 Reflexos no Direito Processual Penal	44
4.4 Do Cumprimento de Pena em segunda Instância e a Presunção De Inocência	47
5 DIREITO COMPARADO	57
5.1 O Instituto no Direito Português	58

5.2 O Instituto no Direito Espanhol	61
5.3 Análise Comparada	65
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS	68
REFERÊNCIAS	73

1 INTRODUÇÃO

O tema deste trabalho revela-se instigante e polêmico, pois a tutela da sexualidade humana esbarra muitas vezes, na dicotomia liberdade x moralidade pública. A partir de 1988, com a Constituição da República Federativa do Brasil, o País reinaugurou o Estado Democrático de Direito, e como tal, tem como premissa maior a “liberdade”, primado axiológico do princípio da Presunção de Inocência.

A Constituição trouxe inúmeras disposições protetoras e assecuratórias das liberdades, tida como questão crucial para garantia da formalização de um Estado de Direito. A manutenção de um instituto que prima pela presunção de violência, viola a baliza mestra da Constitucionalidade, pois determina a presunção de um fato, a violência, desobrigando o Estado (acusador) do dever de prová-lo, subvertendo toda a dogmática do Direito Penal moderno (Direito Penal da culpa), merecendo esta ficção jurídica ser banida da legislação penal infraconstitucional.

O Brasil ao se configurar Constitucionalmente em torno de valores como Liberdade, Dignidade da pessoa humana, automaticamente refuta a possibilidade do Direito Penal invadir o foro íntimo das pessoas, com pautas ético-morais acerca de sua sexualidade, logo, a tutela penal da sexualidade só deve ocorrer quando existir violência ou ausência de consentimento, sob pena do Direito Penal não exercer a sua função de *ultima ratio* (Direito Penal residual). É inegável que a revolução sexual nos últimos anos alterou os costumes, e, por conseguinte, como a sociedade enxerga e se relaciona com a sexualidade, ou seja, o que era tabu até poucos anos atrás, hoje ganha contornos de normalidade, portanto, o Direito precisa reavaliar se há Bem jurídico sendo tutelado, ou somente a moralidade sexual de uma sociedade marcadamente machista e conservadora.

Não se pode olvidar que os menores precisam ser protegidos, inclusive na sua sexualidade, pois podem ser vulneráveis, logo, é preciso avaliar no caso concreto, se o consentimento fora válido ou não. Estabelecer premissa etária, a todos, não se avaliando grau cultural, formação pessoal, região do País, condições socioeconômicas do menor, produzirão somente incoerências e

injustiças, no lugar de proteger o menor, de uma eventual imaturidade, e, por conseguinte, ausência de consentimento válido.

Uma das idiossincrasias do sistema jurídico é a suscitada incompatibilidade etária entre o Código Penal, no artigo 217-A, que estabelece o Estupro de vulnerável e o ECA (Estatuto da Criança e do adolescente), no seu artigo 2º, que diferencia a criança do adolescente. No ECA, no supracitado artigo é dito que até os 12 anos, incompletos, a pessoa é criança, completando-se esta idade torna-se adolescente.

A celeuma se instala na medida em que o Estatuto menoril determina que o adolescente (a partir dos 12 anos) tem consentimento válido nos processos de guarda, tutela e adoção, bem como, podem ser sujeitos de medidas socioeducativas, inclusive de internação (cerceamento da liberdade), por até 3(três) anos, enquanto que o Código Penal determina que o adolescente até 14 (quatorze anos) não tem consentimento válido para decidir sobre sua sexualidade, e por conseguinte qualquer conjunção carnal ou ato libidinoso é tipificado como estupro de vulnerável.

Mostra-se necessário a adequação do Código Penal com o Estatuto da Criança e do Adolescência, pois além da idade de 14 (quatorze anos) não ter qualquer referência no sistema jurídico, o Estatuto menoril é diploma específico, logo com melhor *status* hermenêutico para regulamentar eventuais institutos jurídicos.

Da mesma forma é necessário revisitar o artigo 217-A que prevê o Estupro de vulnerável, quando é tratado comparativamente com o artigo 213, que tipifica o Estupro.

O Estupro de vulnerável tem pena base que varia de 8 a 15 anos de reclusão (violência ficta), enquanto que o estupro (violência real) tem pena base que varia de 6 a 10 anos de reclusão, o que se mostra indubitavelmente desproporcional, haja vista a tutela de uma violência ficta não pode ser mais lesiva que a violência real.

Não atender ao Princípio da proporcionalidade (*Verhältnismässigkeit*), na cominação das penas bases nos tipos penais, determina a inconstitucionalidade por violar a proibição do excesso (*Übermassverbot*), que se caracteriza por ser o garantismo negativo, ou na modalidade de proteção deficiente, revelando-se o garantismo positivo.

Diante deste complexo sistema valorativo de tutela penal, convêm ao legislador ordinário, no intuito de proporcionar equilíbrio sistêmico e segurança jurídica, adequar o Código Penal ao Estatuto da Criança e do Adolescente, na esfera infraconstitucional, e extinguir o tipo penal de estupro de vulnerável, mantendo somente o tipo penal de estupro, e se for verificado, no caso concreto, que o consentimento foi inválido, em razão da imaturidade pessoal do menor, ou outro motivo, aplicar-se-ia uma causa de aumento de pena, pelo fator idade ou motivo consentimento inválido da vítima.

Estas pequenas alterações produziria uma sistematização da legislação infraconstitucional, bem como corrigiria o equívoco da presunção de violência, prevista no artigo 217-A do código penal, dando vazão à presunção de inocência, premissa constitucional de validade do Estado Democrático de Direito, além de retificar a inconstitucionalidade, pela desproporcionalidade entre o estupro de vulnerável (violência ficta) e o estupro (violência real)

2 PRESUNÇÃO LEGAL DE VIOLÊNCIA NOS CRIMES SEXUAIS CONTRA MENORES

A Presunção legal de violência nos crimes sexuais contra menores, tem previsão no Código Penal, hoje, no artigo 217-A, em que é estabelecido o crime de estupro de vulnerável.

Neste tipo penal é estabelecido que, *in verbis*:

Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

§ 1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência. [\(Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009\)](#)

Desta forma, a legislação infraconstitucional penal pátria determina que qualquer conjunção carnal, ou outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos é considerado previamente como fato típico, antijurídico e culpável.

Eventual consentimento do menor, na hipótese do *caput* do artigo, objeto deste trabalho, é considerado inválido, logo, o ato praticado realizou-se com presunção de violência.

2.1 Evolução Histórica

A presunção legal de violência nos crimes sexuais contra menores, da forma que se apresenta atualmente no Direito Penal Brasileiro, remonta ao Direito Romano. Segundo José Henrique Pierangli (1999, pág 167),

Com Carpsovio, pratico da Idade Média, que formulou o princípio *Qui velle non potuit, ergo noluit*, na obra *Practica Nova Rerum Criminalium*, fundada em passagens do Digesto, uma de Pampônio e outra de Celso. Tal Princípio viria a significar que quem não pode querer, não quer, quem não pode consentir, dissente, sendo adotado em várias legislações, com critérios variados quanto a idade mínima, para a validade do consentimento do menor para a prática sexual.

Cláudio Brandão define o Digesto (2002, pág 19),

como a reunião da opinião dos doutrinadores, considerado a parte mais importante da famosa compilação jurídica do imperador Justiniano, posteriormente denominada *Corpus Juris Civilis*, isto porque, para os romanos, os ensinamentos de juristas como Pampiniano, Modestino, Ulpiano, Gaio, Celso, Paulo e outros tinham mais valor que qualquer lei, daí sua influência nos estudiosos do Direito.

No Brasil, conforme descreve Francisco Luiz, citado por Adelina de Cássia Bastos Oliveira Carvalho (2004, p.24), no Código Penal Imperial Brasileiro, embora a idade da ofendida caracterizasse elemento constitutivo do tipo penal, mas o bem jurídico tutelado era a virgindade, conforme se observa expresso no artigo 219, *in verbis*:

Deflorar mulher virgem, menor de 17 anos.

O aviso 512 de 05/11/1869 entendeu que o autor desta conduta, deveria responder por crime mais grave, descrito no artigo 212- "Ter cópula carnal por meio de violência, ou ameaças com qualquer mulher honesta"-, uma vez que a circunstância do defloramento deveria ser considerada agravante do delito. Já havia, naqueles tempos quem entendesse que o defloramento de menor de tenra idade, da qual não se pudesse supor consentimento, era cópula carnal por meio de violência e constituiria, por isso, o crime do artigo 222.

No Primeiro Código Penal Republicano (Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890), no artigo 272, a presunção de violência ganhou caráter expresso, sendo assim disposto:

Art. 272. Presume-se cometido com violência qualquer dos crimes especificados neste e no capítulo precedente, sempre que a pessoa offendida for menor de dezesseis anos.

A doutrina à época, compreendia de forma unânime, que se tratava de presunção de violência, em seu caráter absoluto, visto que a lei considerava a menor de 16 anos como incapaz de consentir validamente.

Em 1940, com o novo Código Penal, houve somente a alteração da idade limítrofe de 16 para 14 anos, permanecendo o posicionamento absoluto da violência presumida, em se tratando de atos sexuais.

2.2 Posicionamento da Doutrina e da Jurisprudência

A exposição de motivos da parte especial do Código Penal de 1940 fez referência a redução do critério etário de 16 (dezesesseis) para 14 (quatorze) anos, em relação a Código anterior (decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890), a saber:

Na identificação dos crimes contra a liberdade sexual é presumida a violência (artigo 224) quando a vítima: a) não é maior de 14 (quatorze) anos; b) é alienada ou débil mental, conhecendo o agente esta circunstância; ou c) acha-se em estado de inconsciência (provocado, ou não, pelo agente), ou, por doença ou outra causa, impossibilitada de oferecer resistência. Como se vê, o projeto diverge substancialmente da lei atual: reduz, para o efeito de presunção de violência, o limite de idade da vítima e amplia os casos de tal presunção (a lei vigente presume a violência no caso único de ser a vítima menor de dezesseis anos). Com a redução do limite de idade, o projeto atende à evidência de um fato social contemporâneo, qual seja a precocidade no conhecimento dos fatos sexuais. O fundamento da ficção legal de violência, no caso dos adolescentes, é a *innocentia consilii* do sujeito passivo, ou seja, a sua completa insciência em relação aos fatos sexuais, de modo que não se pode dar valor algum ao seu consentimento. Ora, na época atual, seria abstrair hipocritamente a realidade o negar-se que uma pessoa de 14 (quatorze) anos completos já tem uma noção teórica, bastante exata, dos segredos da vida sexual e do risco que corre se se presta à lascívia de outrem. Estendendo a presunção de violência aos casos em que o sujeito passivo é alienado ou débil mental, o projeto obedece ao raciocínio de que, também aqui, há ausência de consentimento válido, e *ubi eadem ratio, ibi eadem dispositio*.

Por outro lado, se a incapacidade de consentimento faz presumir a violência, com maioria de razão deve ter o mesmo efeito o estado de inconsciência da vítima ou sua incapacidade de resistência, seja esta resultante de causas mórbidas (enfermidade, grande debilidade orgânica, paralisia, etc.), ou de especiais condições físicas (como quando o sujeito passivo é um indefeso aleijado, ou se encontra acidentalmente tolhido de movimentos).

Este posicionamento era condizente com a ideologia social da época, calcada em uma estrutura patriarcal, em que havia uma relação de dominação e poder do homem sobre a mulher, e o viés sexual se caracterizava como um dos mais expressivos tolhimentos da liberdade feminina.

Essa concepção não só era prevalente na doutrina da época, mas também nos tribunais pátrios, como se pode observar em acórdão a seguir, retirada da obra de Alberto Silva Franco (1993, p.1336):

Em todo relacionamento sexual com menor de 14 anos é presumida a violência, de modo que o congresso sexual normal com menina em tal faixa etária caracteriza o crime em questão. (TJRS-Ac-Rel. Jorge Alberto de Moraes Lacerda-RT 613/371)

Os reiterados julgados, com teor absolutista, em se tratando da Presunção de Violência, criaram incoerências, tão visíveis, frente ao mutável quadro social, que surgiram opositores, entendendo que não se deveria excluir de pronto o elemento volitivo dos ofendidos.

A evolução dos costumes mostrou o descompasso entre a lei e a realidade social e, em função da manutenção legislativa, coube à doutrina e a jurisprudência relativizar a exegese do referido dispositivo penal, não mais aplicando no seu sentido literal.

A partir dos anos 90 do século XX, começou-se a relativizar esta presunção absoluta, utilizando como referência uma nova adequação social, e critérios da vida pregressa da vítima, ou seja, considerando-se como presunção relativa (*Juris tantum*).

Tribunais Estaduais, de forma cada vez mais frequente, começaram a exarar decisões relativizando a presunção de violência, em diversos casos concretos.

Entretanto, o marco inicial relevante da mudança de entendimento da Presunção de Violência, de forma expressamente relativa, ocorreu na 2ª Seção do Supremo Tribunal Federal, em 21/05/1996, HC 73662-9, cujo relator foi o Ministro Marco Aurélio de Mello, com grande repercussão na comunidade jurídica:

ESTUPRO - CONFIGURAÇÃO - VIOLÊNCIA PRESUMIDA - IDADE DA VÍTIMA - NATUREZA. O estupro pressupõe o constrangimento de mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça - artigo 213 do Código Penal. A presunção desta última, por ser a vítima menor de 14 anos, é relativa. Confessada ou demonstrada a aquiescência da mulher e exurgindo da prova dos autos a aparência, física e mental, de tratar-se de pessoa com idade superior aos 14 anos, impõe-se à conclusão sobre a ausência de configuração do tipo penal. Alcance dos artigos 213 e 224, alínea "a", do Código Penal.

No caso em questão, a vítima, apesar de possuir à época 12 anos, apresentava aparência física e desenvolvimento mental superior a pessoa de 14 anos, revelara também que mantinha relações sexuais espontâneas e frequentes com o acusado. Surgindo, desta forma, novos critérios para se firmar a relativização da Presunção de Violência, quais sejam: compleição bio-psíquica e comportamento pregresso da vítima.

Neste julgado, embora o veredicto não tenha sido unânime, e não foi prolatado pelo plenário e, sim, por turma, não criando, desta forma, precedente firmador de jurisprudência, mas foi o primeiro na suprema corte, a admitir a relativização, influenciando toda a comunidade jurídica.

Segundo Franco (1993, p.1341), a partir do Julgado supramencionado, muitos tribunais estaduais, utilizaram o critério da maturidade psico-ética, da suposta vítima, para consentir o ato sexual, que possibilitou a relativização da presunção, a saber:

Em decorrência do exposto, a tais situações de relativização da Presunção, deve ser acrescida uma outra, ou seja, exclui-se a presunção de violência quando a pessoa ofendida, embora com menos de 14 anos de idade, deixa claro e patente ter maturidade suficiente para exercer a sua capacidade de autodeterminar-se no terreno da sexualidade. Se dela partir a iniciativa ou a provocação do ato sexual, ou se ela adere prontamente ao convite de caráter sexual, que o agente lhe dirige, constitui um verdadeiro contra-senso entender que sofreu uma violência. O consentimento, ou a adesão da pessoa ofendida mostra-se nesses casos relevante e eficaz. (TJSP-AC 93.117-3-Rel. Marcio Bártoli).

No âmbito doutrinário, predominava o entendimento da presunção relativa de violência, sendo, entretanto, aplicado aos casos de erro justificado quanto à idade da vítima (erro de tipo) e “prostituta de porta aberta”, excetuados estes casos, mantinha-se a Presunção Absoluta (*Jure et de jure*).

Alguns Tribunais estaduais ainda mantinham a exegese literal do dispositivo legal. Nos próprios Tribunais superiores, tinha-se posições mais conservadoras, nas quais evitava-se analisar o caso concreto, a capacidade de consento da vítima, e declarando desta forma, o absolutismo na Presunção de Violência, nestes casos. A saber:

O consentimento da menor de quatorze anos para a prática de relações sexuais e a experiência desta não elidem a presunção de violência prevista no artigo 224, "a", do Código Penal, para a caracterização do crime de estupro. (STF-HC 76.246-1 (DJU 20.04.2001), P.147-Rel. Carlos Veloso)

Embora válida a tentativa dos juízes e tribunais de contornarem a rigidez hermenêutica do dispositivo legal, em nome de uma decisão mais justa, e próxima de uma adequação social, mas os argumentos utilizados para refutar o critério absoluto legal, não foram os mais adequados, pois se utilizaram de critérios morais, preconceitos particulares, sem de fato enxergar a situação fática sob o prisma constitucional e a principiologia protetiva do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Com o advento da lei 12.015/2009, a antiga presunção de violência, (que originalmente era absoluta, tornou-se relativa por conta da doutrina e jurisprudência), agora, ganhou novamente contornos de absoluta, ao ser criado o tipo penal previsto no artigo 217-A (Estupro de Vulnerável).

O STJ, em 2015, por sua terceira sessão, em recurso repetitivo, examinando o crime de estupro de vulnerável (art. 217-A), ignorou, por completo, a necessidade de avaliar ou valorar a vulnerabilidade de menor de 14 anos, adotando a seguinte tese, *in verbis*:

Para a caracterização do crime de estupro de vulnerável previsto no art. 217-A, *caput*, do Código Penal, basta que o agente tenha conjunção carnal ou pratique qualquer ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos. O Consentimento da vítima, sua eventual experiência sexual anterior ou a existência de relacionamento amoroso entre o agente e a vítima não afastam a ocorrência do crime (Recurso Especial (repetitivo), Rel. Ministro Rogério Schietti, nº 1.480.881-PI (2014/0207538-0 julgado em 27-8-2015).

O próprio STJ sumulou o entendimento no verbete 593, a saber:

O crime de estupro de vulnerável configura com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante o eventual consentimento da vítima para a prática do ato, experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente.

Segundo Bitencourt (2017, p.109), comentando o atual entendimento do STJ, acerca da matéria:

Trata-se, sem dúvida, de certa pacificação na interpretação da vulnerabilidade do menor de 14 anos, caracterizador desse estupro especial. Contudo, sempre haverá a possibilidade de variantes ante o caso concreto, como, por exemplo, quando se tratar de relacionamento entre dois menores, cujo namoro seja, inclusive, do conhecimento das famílias. Certamente, situações como essas precisam do exame casuístico das peculiaridades individuais, para enfrentar adequadamente a existência ou não de lesão ao bem jurídico tutelado, a configuração ou não de conduta criminosa etc.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), com o sumulado 593, faz renascer a presunção absoluta de violência, e com isso, “engessa” a hermenêutica jurídica, pois segundo o verbete 593, não há possibilidade fática para que não esteja caracterizado o estupro de vulnerável, na hipótese de se ter relações sexuais com menores de 14 anos.

Data vênia, mostra-se uma incoerência, pois a multifacetada realidade da vida transcende às regras hermenêuticas fechadas, e a incomunicabilidade do Direito com os fatos, gera indubitavelmente a esterilidade da norma.

Desconsiderar o erro de tipo, e demais situações casuísticas de adequação social, em que não há lesividade a bem jurídico, demonstra o equívoco na exegese, e, por conseguinte, a inadequada subsunção do fato à norma, produzindo decisões eivadas de legitimidade.

2.3 Críticas ao Instituto

As presunções legais de natureza absoluta constituem ofensa diretamente a três princípios estruturais do Processo Penal Brasileiro moderno, o do livre convencimento do juiz e da busca da verdade material, culpabilidade.

Segundo Luiz Flávio Gomes (1996, p.161),

No campo Sexual, particularmente, o absolutismo da presunção retira do magistrado qualquer possibilidade de valoração sobre eventual capacidade concreta de consentir da vítima menor de idade.

Portanto, o intérprete da lei (do Direito) não pode estar atrelado a um legalismo formal (principalmente, quando a presunção é condenatória), sob pena de gerar uma prestação jurisdicional em descompasso com a realidade social e a justiça. É a liberdade sexual de uma pessoa que está em debate, e não a liberdade sexual de uma comunidade, pois os delitos sexuais são crimes contra a dignidade sexual da pessoa, com violação da personalidade devido os efeitos (sequelas) complexas que produzem na vítima, logo, o Direito Penal não deve ser um limite da liberdade sexual, mas um garantidor.

Segundo Rodrigo da Cunha Pereira (2000, p.74), a sentença prolatada possui sempre carga de subjetividade, já que **“em cada julgado está presente a singularidade do sujeito-julgador, suas convicções morais, sua formação como indivíduo, sua história pessoal e ideológica”**, o que pode e gera uma margem de relativizações, e por consequência, suscitaria decisões conflitantes, já que deixar ao cargo do julgador significa ficar à mercê do crivo moral sexual de cada julgador, o que termina por gerar insegurança jurídica, violando a isonomia.

Entretanto, se a matéria for tratada de forma jurídica e não moral, e os magistrados buscarem eventuais violações de Bens jurídicos, nas condutas, e não preceitos morais pessoais, não será necessário estabelecer uma presunção de violência absoluta (*Juris et Juris*), para evitar o subjetivismo moral dos juízes, pois presumir violência, e de forma absoluta, cria mais distorções e injustiças que transferir ao intérprete, desde que as decisões estejam pautadas de alicerçadas em preceitos jurídicos.

Portanto, crime é conduta, o que significa, comportamento humano. O Direito deve punir conforme o comportamento, sendo impossível punir ação não praticada. Não se pode punir por presunção, mera ficção, ainda que definida em lei, prescindindo de elemento subjetivo. Desta forma, a presunção de violência, em especial, a absoluta, trata-se de responsabilidade penal objetiva, que é repudiado no Direito Penal Moderno (Direito Penal da culpa), e do Princípio da Presunção da inocência.

Além de violar a responsabilidade subjetiva, a presunção de violência, continua subvertendo a dogmática penal, quando retira o ônus do Estado de demonstrar e provar a culpa do acusado, pois a lei já presumiu esta culpa, cabendo ao acusado o dever de provar sua inocência.

E na hipótese de presunção absoluta é quase impossível não haver condenação, pois não é cabível produção de provas que venham a dissuadir a pré-compreensão sobre o eventual ilícito.

Desta forma a presunção de inocência, que é sustentáculo axiológico de todo mundo civilizado, que tem no Estado Democrático de Direito a sua representatividade, dar lugar a presunção de violência, em que o cidadão fica refém de pré-compreensões legais incriminadoras, violando Direitos e garantias fundamentais, em nome de proteção de outros Direitos.

Em Estados que primam pela defesa de Direitos fundamentais Humanos, deve-se tutelar Direitos, sem violar garantias fundamentais, sob pena de, para garantir Bens Jurídicos, comprometer do processo civilizatório humano.

3 O ECA, O CÓDIGO PENAL E A AUTODETERMINAÇÃO SEXUAL DO MENOR

No âmbito normativo penal, o juízo de reprovação sobre uma pessoa só possível quando existe a culpabilidade. E esta ocorre, quando a pessoa é capaz de alcançar a exata representação de sua conduta e agir com plena liberdade de entendimento e vontade.

É o que segundo Cláudio Brandão (2002a, p.166), **“é chamada de imputabilidade, e que segundo a história do Direito Penal, sempre esteve vinculada à norma, e quase sempre à idade”**.

3.1 Breve Histórico do Critério Etário da Imputabilidade

Ao longo do tempo e do espaço, sempre houve variação da idade legal da imputabilidade. Segundo Cláudio Brandão, (2002b, p. 142-143),

Na *Constitutio Criminalis Carolina*, se afirmava que os ladrões menores de 14 anos não deveriam ser condenados à morte. Já o Direito Penal Italiano Medieval estabelecia a inimputabilidade aos menores de 7 anos, determinando que aqueles entre 7 e 14 anos seriam submetidos a uma junta de especialistas os quais decidiriam se tratavam de *infantae proximi*, impuníveis, ou *pubertati proximi*, puníveis de forma atenuada. O Código Penal Português de 1886 previa norma semelhante, sendo inimputáveis os menores de 10 anos, e imputáveis, condicionados ao discernimento, os menores entre 10 e 14 anos, e a partir dos 14 até a idade adulta eram imputáveis de forma atenuada. O Vigente Código Português estabelece a imputabilidade aos 16 anos, e o Espanhol, aos 18 anos.

Ora, se não há consenso até quando se estende a adolescência, e por consequência a puberdade física e mental, logo, não poderia haver a fixação de idade em que a pessoa apresenta desenvolvimento psíquico suficiente para se submeter a censura penal.

No entanto, segundo Minahaim (1979, p.104-105),

A despeito dos avanços da psicologia reclamarem por um critério mais adequado e preciso para a determinação da capacidade de culpabilidade, a dificuldade para acompanhar o desenvolvimento da personalidade e identificar o momento em que o homem se encontra mentalmente desenvolvido para compreender o caráter criminoso do fato e determinar-se de acordo com este entendimento, no caso concreto, faz do critério cronológico o mais seguro, trazendo paz e tranquilidade no meio social.

A idade em que se considera uma pessoa capaz varia conforme o ato que tenha que praticar ou sujeitar-se. Pela teoria civilista, a pessoa humana adquire personalidade civil, com o nascimento com vida, todavia, a validade de seus atos jurídicos dependerá do alcance etário, estabelecido pela lei, para aquisição da maturidade psico-ética.

O Código Civil de 2002, reduziu de 21 para 18 anos, a capacidade civil, em relação ao Código Civil de 1916. Os relativamente incapazes também tiveram sua idade reduzida, de 16 a 18, incompletos, quando era de 18 a 21 incompletos. Embora tenha havido a redução da idade para a capacidade civil, mas a idade para imputabilidade, regulado pelo Código Penal, mantêm-se inalterada, aos 18 anos.

3.2 O Critério Etário para o Consentimento

Da mesma forma que a imputabilidade, a capacidade de consentimento possui regulação própria. Segundo Pierangeli (1995, p. 66), **“a expressão consentimento, origina-se do latim *consentire*, e significava, inicialmente, a concordância entre as partes ou uniformidade de opinião”**.

Portanto, a pessoa nasce incapaz e progressivamente é reconhecida a sua manifestação de vontade apta a produzir efeitos jurídicos. Logo, o consentimento dado pelo incapaz não tem efeito jurídico.

No campo sexual, a capacidade de consentimento do menor se refere ao momento em que este adquire capacidade para decidir, com liberdade, sobre sua vida sexual, e, de forma ficcional, a lei estabelece um ponto etário em que a

pessoa adquire amadurecimento bio-psicológico, não levando em consideração as peculiaridades pessoais, sociais, culturais e regionais.

O legislador penal de 1940, estabeleceu no artigo 224, alínea “a”, que se presumia a violência, caso a relação sexual fosse praticada com menor de 14 (quatorze) anos, pois entendia-se à época que não havia consentimento válido.

A lei 12.015/2009, que alterou substancialmente os crimes sexuais, revogou o artigo 224, alínea “a”, em contrapartida criou o artigo 217-A, com o tipo penal “estupro de vulnerável”, no qual manteve-se a presunção de violência, e o mesmo critério etário, ou seja, 14 (quatorze) anos, como limite para consentimento sexual válido.

3.3As Transformações Sociais e Culturais na Sociedade

O Mundo e a Sociedade mudaram nas últimas décadas em razão de inúmeros acontecimentos. O Século XX produziu nas sociedades alterações em todos os setores, inclusive no comportamento, e, por conseguinte na sexualidade.

As mudanças atingiram o núcleo primário da sociedade, a família, e antigos dogmas, preconceitos, sentimentos ganharam outras conotações, e as idiosincrasias da sociedade patriarcal estão sendo diluídas.

Na atual sociedade de consumo, a moral e os bons costumes, tem perdido espaço, inclusive no Direito, para a tutela de Bens jurídicos, e o que antes era tido como tabu, a cada dia é visto como natural e “normal”.

A entrada e conseqüente progresso da mulher no mercado de trabalho, produziu no seio social novas definições de padrões morais, já que a condução de suas vidas não mais dependia da figura paterna ou marital, para definição dos horizontes femininos.

Com efeito, ensina Novoa Montreal (1971, p.25)

Tem sido principalmente o rechaço de velhos valores, realizado com decisão pela juventude moderna, com maior acerto umas vezes, e com menor outras, o que mais tem contribuído para deitar por terra uma errônea conceituação ética, que centralizava sua preocupação no corpo humano e nas funções genésicas, para reprovar quase tudo o que eu a eles se refere. Trata-se dessa antiga moral “da cintura para baixo”-

dedicada a impor um hipócrita silêncio sobre tudo o que é concernente ao sexo e a vida sexual, o que dava origem a muitos males, que poderiam ter sido corrigidos e que deixava no esquecimento aspectos morais muito mais importantes, preteridos em favor desta exagerada deformação do sexual. Essa tomada de posição diversa frente ao sexo traz muitas consequências, no âmbito penal. As noções de moralidade pública, obscenidade, pornografia, bons costumes e escândalos, experimentam indubitável alteração.

Como consequência destas modificações de conceitos ao derredor da moralidade, afirma Marilena Chaui,(1984, p.139)

Os jovens parecem comportar-se invertendo ou negando ponto a ponto a moral sexual tradicional: recusam o casamento religioso e civil para se constituírem como casal; recusam o casamento como relação indissolúvel e permanente; negam a obrigatoriedade da procriação como finalidade da vida em comum; os filhos tornam-se decisão livre escolha do casal; negam a obrigatoriedade da fidelidade conjugal e a monogamia; recusam a profissionalização estável como condição para a vida em comum; recusam a dependência para com suas famílias de origem; recusam a divisão convencional sexual de papeis, dividindo tarefas domésticas e tendo vida profissional independente; valorizam a atração sexual ardente e a ternura, a amizade que os faz confidentes, sem que pais e mães tenham a antiga função de ouvir queixas ou dar conselhos

Enfim, como se tudo mudou ou está em constante mudança, logo não é diferente com a sexualidade.

3.3.1 As transformações do padrão comportamento do jovem

Há um consenso de que pouco, ainda, se sabe sobre o comportamento sexual do jovem brasileiro. Dos poucos trabalhos produzidos revelam mudanças nas últimas décadas, em outras palavras, os conceitos morais de gerações passadas não mais existem.

Namoros breves, e cada dia mais precoce, marcam os novos adolescentes, definindo desta forma, um novo padrão comportamental e sexual. Pesquisa realizada pela UNESCO, em parceria com o Ministério da saúde, em 2001,

relevou que a iniciação sexual das meninas gira em torno dos 15 anos e os meninos por volta dos 14 anos. Segundo Gabriela Carelli (2002, p.80),

Estes números revelam alteração em relação a pesquisa há 4 anos atrás, que retratava 19 anos para as meninas e 16 para os meninos, a iniciação sexual. Do mesmo modo anteriormente acontecia com namoro “firme”, agora o jovem “fica”, quase com um desconhecido.

Desta forma, o que se constata é que houve uma (in)evolução sexual na sociedade, e que alterou não só o crivo etário para relacionamento sexual, como também o modo da constituição das relações.

Segundo Aquiles (2002, p.04), **“os jovens, e os adultos, fazem sexo como se estivessem comendo um sanduiche”**.

A expressão transmite o novo quadro axiológico sexual, que se apresenta na sociedade, em que não se tem mais rituais para se atingir a sexualidade, ou seja, não se exige casamento ou algum nível de relacionamento, basta ter vontade que o ato o sexual se realiza.

A pretérita sexualidade permitia antes do casamento e até estimulada, como forma do adolescente ingressar na vida adulta e ou até “provar sua masculinidade” perdeu-se na nova geração, e as adolescentes, em muitos casos tomam a iniciativa a atividade sexual.

Portanto, neste novo e contínuo quadro de mutações sociais, comportamentais, e por conseguinte, de relações sexuais, percebe-se que o sexo, em sua maioria tem se realizado através de consentimento dos adolescentes, e muitas vezes de tenra idade, logo, estabelecer um critério etário taxativo, sem avaliar as mudanças do quadro social, engessa a hermenêutica e produz indesejáveis injustiças.

A avaliação do caso concreto, mostra-se indispensável, pois a individualidade produzida pela condição sócio-econômica, cultural, regionalismo, etc, permite se avaliar se houve autodeterminação sexual, ou ocorreu abuso sexual.

3.4 A Mudança Axiológica entre o Código de Menores e o ECA

O Estatuto da Criança e do Adolescente, criado a partir da lei 8069/1990, que veio para substituir o Código de Menores (Lei 6697/1979), trouxe o princípio da proteção integral, como baliza axiológica no tratamento das crianças e dos adolescentes.

O Código de Menores, não via a criança e o adolescente como seres em formação, e tinha como função exclusiva, dissuadir eventuais problemas sociais gerados pelos menores, aplicando-lhes sanções, sem necessidade do magistrado fundamentá-las.

A proteção integral enxerga a criança e o adolescente como seres em formação, logo, caso, alguma criança ou adolescente cometam atos infracionais, submeter-se-ão às medidas de proteção e sócio-educativas, que tem finalidade pedagógica.

A celeuma surge quando o adolescente, que já tem estatura jurídica para ser sujeito passivo de medida sócio-educativa aos 12 (doze) anos, opinar nos processos de guarda, tutela e adoção, segundo o Estatuto da Criança e do Adolescente, mas sua opinião ou eventual aquiescência sexual é desconsiderada, pois entende-se que este consentimento é inválido.

3.5 A Antinomia entre o ECA e o Código Penal

A Lei 8069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) estabelece no artigo 2º, o critério etário para se diferenciar criança de adolescente, a saber: **Art. 2º Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.**

Tanto as crianças quanto os adolescentes são inimputáveis, logo não se submetem ao Código Penal, mas ao ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente), conforme previsão do artigo 104 deste, *in verbis*:

Art. 104. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às medidas previstas nesta Lei.

Parágrafo único. Para os efeitos desta Lei, deve ser considerada a idade do adolescente à data do fato.

Logo, tanto as crianças quanto os adolescentes não cometem crimes, mas atos infracionais. E segundo a própria lei 8069/90, no artigo 103, descreve o que são atos infracionais, a saber: **“Art. 103. Considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal”**.

Embora tanto a criança quanto o adolescente possam cometer atos infracionais, mas estão submetidos de forma diferente ao sistema sancionatório-pedagógico do ECA.

A Criança fica subordinada exclusivamente às medidas de proteção, conforme previsão do artigo 105, *in verbis*: **“Art. 105. Ao ato infracional praticado por criança corresponderão as medidas previstas no art. 101”**.

O artigo 101 define quais são as medidas de proteção, a saber:

Art. 101. Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas:

I - encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade;

II - orientação, apoio e acompanhamento temporários;

III - matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental;

IV - inclusão em serviços e programas oficiais ou comunitários de proteção, apoio e promoção da família, da criança e do adolescente; (Redação dada pela Lei nº 13.257, de 2016)

V - requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial;

VI - inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos;

VII - acolhimento institucional; (Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência

VIII - inclusão em programa de acolhimento familiar; (Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência

IX - colocação em família substituta. (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência

O Artigo 98, citado no *caput* do artigo 101, reafirma o princípio de proteção integral, e que determina que Família, Sociedade e Estado são responsáveis pelo desenvolvimento, e formação da criança e do adolescente. Numa eventual

negligência destes coobrigados, vulnerabilizando crianças e adolescentes, estes devem ser submetidos às medidas de proteção, a saber:

Art. 98. As medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados:

- I - por ação ou omissão da sociedade ou do Estado;
- II - por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável;
- III - em razão de sua conduta.

Já o adolescente vindo a praticar ato infracional, ficam submetidos cumulativamente as medidas de proteção e as medidas socioeducativas. As medidas socioeducativas estão taxativamente determinadas no artigo 112 do ECA,

Art. 112. Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas:

- I - advertência;
- II - obrigação de reparar o dano;
- III - prestação de serviços à comunidade;
- IV - liberdade assistida;
- V - inserção em regime de semi-liberdade;
- VI - internação em estabelecimento educacional;
- VII - qualquer uma das previstas no art. 101, I a VI.

A diferença entre a criança, e o adolescente, neste sistema menoril é que o adolescente, ainda que também inimputável, mas pelo critério etário tem maior compreensão da extensão de suas atitudes, em relação à criança, logo, está submetido a um sistema pedagógico-educativo mais rígido, que é a **medida socioeducativa**.

Segundo Juarez de Oliveira citado por Wilson Donizeti Liberati (2008, p.100), *in verbis*:

A medida socioeducativa é a manifestação do Estado, em resposta ao ato infracional, praticado por menores de 18 anos, de natureza jurídica impositiva, sancionatória e retributiva, cuja aplicação objetiva inibir a reincidência, desenvolvida com finalidade pedagógica-educativa. Tem caráter impositivo, porque a medida é aplicada, independente da vontade do infrator-com exceção daquelas aplicadas em sede de remição, que tem finalidade transacional. Além de impositiva, as medidas socioeducativas têm cunho sancionatório, porque, com sua ação ou omissão, o infrator quebrou regra de convivência dirigida a

todos. E, por fim, ela pode ser considerada uma medida de natureza retributiva, na medida em que é uma resposta ao Estado à prática do ato infracional praticado.

Portanto, observa-se que dentre as medidas socioeducativas, taxativamente elencadas no ECA, encontra-se, por exemplo, a internação em estabelecimento educacional. Trata-se de sanção pedagógica que cerceia a liberdade deste adolescente, por até 3 (Três) anos, conforme disposição do artigo 121, parágrafo 3º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, *in verbis*:

Art. 121. A internação constitui medida privativa da liberdade, sujeita aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

....

§ 3º Em nenhuma hipótese o período máximo de internação excederá a três anos.

Se o Estatuto Menoril determina que um adolescente de 12 anos tem discernimento para entender o caráter pedagógico-sancionatório de uma medida socioeducativa de internação, por razões de lógica hermenêutica, ter-se-ia condições de compreender minimamente o ato sexual, logo seria oportuno sistematicamente, a equiparação etária entre a vulnerabilidade do Estatuto menoril com a previsão do Código Penal, a fim de não presumir de forma absoluta a existência do crime, mas servir de premissa legal para que o julgador analisando o caso concreto, determine se houve sexo consentido, ou mediante violação sexual, por consentimento inválido.

3.5.1 A Necessidade de Sistematização

O Código Penal Brasileiro traz no artigo 217-A, o tipo penal do Estupro de Vulnerável. Neste é determinado que ter conjunção carnal ou qualquer ato libidinoso com menor de 14 anos, caracteriza o núcleo do tipo, e eventual consentimento deste menor é considerado inválido.

Ocorre que, a manutenção de 14 (quatorze) anos no artigo 217-A do Código Penal não encontra razões criminológicas ou em política criminal para existir, logo, o legislador perdeu uma oportunidade histórica, através da lei 12.015/2009, de extinguir do ordenamento jurídico a presunção de violência, pois é violador da constituição.

O Estatuto da Criança e do Adolescente traz o princípio da proteção integral, que deve reger todos os menores, e numa eventual relação sexual, sem consentimento ou com consentimento inválido, demonstrado no caso concreto, dever-se-ia incidir o tipo penal de estupro, com algum aumento de pena, em razão de tenra idade.

Esta simples medida resolveria o problema das presunções de violência no meio infraconstitucional, sistematizaria o Diploma Penal com o Estatuto Menoril, e espancaria a ausência de proporcionalidade nas penas em abstrato do tipo de estupro, tutelando a proteção integral e primando pela Constitucional Presunção de Inocência.

4PRESUNÇÃO CONSTITUCIONAL DO ESTADO DE INOCÊNCIA

O Princípio do Estado de Inocência está previsto Constitucionalmente no artigo no artigo 5º, inciso LVII, que afirma que: **“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”**.

Embora seja um axioma muito pretérito presente no patrimônio jurídico da humanidade, mas, nas Constituições dos Estados nacionais é fato recente. Após a Declaração Universal de Direitos Humanos, da Organização das Nações Unidas de 1948, que dispõe expressamente no artigo 11, *in verbis*:

Toda Pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não provada sua culpabilidade, de acordo com a lei, e em processo público no qual se assegurem todas as garantias necessárias para sua defesa.

No ordenamento jurídico Brasileiro, até a Constituição Federal de 1988 era tido como Princípio Geral do Direito, orientador dos magistrados. Somente com a Constituição Cidadã, foi plasmado de forma expressa, como princípio Constitucional.

De mesma forma, 1992, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica), proclama: **“Toda Pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”**.

Hoje, a totalidade dos países civilizados, em que se tem um Estado de Direito como organização jurídico-estatal apresenta a presunção de inocência, como garantia fundamental dos cidadãos.

A **presunção de inocência**, portanto, mostra-se mais que um princípio constitucional, mas uma conquista civilizatória da sociedade frente ao *leviatã*, limitando-o e garantindo que o cidadão não perderá sua condição de inocente até que o Estado demonstre sua culpabilidade, não se admitindo-se presunções de culpabilidade.

4.1 Previsão no Ordenamento jurídico nacional e Internacional

Desde o século XVIII que diversas Constituições passaram a inserir em seus textos, princípios de natureza penal, com o objetivo de limitar a intervenção penal estatal, bem como proteger Direitos individuais.

Segundo Luiz Luisi (1991, p.11),

os princípios constitucionais, especificamente penais, são princípios garantidores, que assinalam a presença das normativas características do *Rechtsstaats*, ou Estado Liberal.

Já os princípios atinentes apenas ao Direito Penal, traduzem, ainda segundo Luiz Luisi (1991, p.11),

exigências de criminalização para a proteção de Bens coletivos, episodicamente podendo ser concernentes aos aspectos gerais do Direito Penal, portanto, informadores do *Sozialstaats*, ou Estado Social.

A Constituição Federal de 1988, do Brasil, buscou conciliar os dois tipos de princípios, haja vista, a mesma se propôs a ser organizadora de um Estado Democrático de Direito. Com efeito, a Constituição Cidadã possui uma série de princípios próprios, fundamentadores ou limitadores do sistema penal, que devem ser observados tanto pelo legislador, quanto pelo julgador, alguns estão expressamente previstos, e outros, são considerados implícitos.

A Constituição Federal de 1988 trouxe pela primeira vez, de forma expressa, o princípio da presunção de inocência do acusado, através da expressão: **“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”**. Antes, era tido como um Princípio Geral do Direito, implícito e informador da atividade jurisdicional, e decorrente do axioma jurídico *in dubio pro reo*.

Segundo Weber Martins Batista (1990, p.15), o princípio da presunção de inocência,

trata-se de patrimônio jurídico da humanidade, surgido na Idade Média e acolhido na Ordenação Francesa de 1670, como regra, segundo o qual, a absolvição por falta de prova da culpabilidade trazia consigo uma presunção de inocência do réu.

Atualmente, diversos diplomas jurídicos internacionais o asseguram, a exemplo da Declaração Universal de Direitos Humanos, da Organização das Nações Unidas, de 1948, que em seu artigo 11, dispõe:

Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não provada sua culpabilidade, de acordo com a lei e em processo público no qual se assegurem as garantias necessárias para a sua defesa.

De igual forma, o Pacto de San José de Costa Rica (Convenção Americana sobre os Direitos Humanos) de 1992, determina que: **“Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente a sua culpa”**.

A primeira previsão do princípio em texto internacional, deu-se na Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, assegurado no artigo 9º, segundo, José Armando da Costa (1997, p.19),

Tout homme étant présumé innocent, s'il est jugé indispensable de arrêter, tout rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne doit être sévèrement réprimé par la loi (Todo Homem é presumidamente inocente até ter sido demonstrado a sua culpabilidade; se é indispensável prendê-lo, qualquer rigor que não seja necessário para atingir este fim deve ser severamente reprimido pela lei)

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, foi um triunfo dos iluministas, em especial de *Cesare Bonesana*, o Marquês de *Beccaria*, que publicou em 1764, sua obra *Dei delitti e delle pene*, ou Dos Delitos e das Penas, no qual criticava a falta de garantias no procedimento inquisitivo, onde o acusado era tratado desde o primeiro momento como culpado, necessitando provar sua inocência.

Segundo, Luiz Flávio Gomes (1996, p.175),

A Fórmula adotada pela Legislação Constitucional Brasileira teve inspiração no Código Rocco de 1947, que declara: “*L’ imputatio non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva*” (o imputado não é considerado culpado senão depois de condenação definitiva)

Ainda segundo Luiz Flávio Gomes (1996, p.175), referindo-se ao texto constitucional Brasileiro de 1988,

No começo de sua vigência, alguma tergiversação interpretativa acerca de seu conteúdo, o que era demais previsível, porque no eixo da discussão sobre o conteúdo da presunção de inocência está uma clássica e histórica polêmica travada entre correntes liberais e antiliberais, discussão está em torno das distintas concepções do processo penal defendidas pelas escolas penais.

A Celeuma está representada no conflito entre a escola clássica, que atribui ao princípio da presunção de inocência máxima amplitude, considerando-o princípio orientador e fundador de toda ciência penal moderna, e a escola técnico-jurídica, que considera ilógica, frente a realidade dos fatos, já que para esta segunda escola há o predomínio da tutela do interesse social de repressão da criminalidade sobre a tutela do interesse individual, e social da liberdade, de modo que antes da sentença final, não se pode falar em culpado, nem tão pouco de inocente.

Por esta razão, o legislador italiano de 1947, buscou evitar esta polêmica, e colocou-se numa posição neutra, não colocando a expressão “presunção de inocência”, no texto legal. Segundo Luiz Flávio Gomes (1996, p.175),

doutrinadores como Manzini, Frosali, Consentiño, e outros entendem que a fórmula normativa adotada consagra apenas a presunção de não-culpabilidade, no qual o acusado apenas se encontra numa posição neutra, nem culpado, nem inocente frente ao processo penal.

Ainda segundo Luiz Flávio Gomes (1996, p.176),

A doutrina mais moderna, conforme percepção de Jaime Vegas Torres, informa que não é possível distinguir presunção de inocência de presunção de não culpabilidade, sob a alegação de que, quem não é tido por culpado só pode ser tido como inocente.

O legislador constituinte originário aderiu à escola clássica, por quatro razões, a saber:

- a) Primeiro, porque a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 tem forte carga liberal, democrática, limitadora e garantista, em sintonia com os mais avançados textos constitucionais do mundo;
- b) Foi a primeira vez que o princípio da presunção de inocência foi inserido na Constituição, e não mais como princípio geral do Direito, logo, tornou-se um dos pilares axiológicos da dignidade da pessoa humana, e das liberdades individuais;
- c) Em razão do Brasil ter ratificado a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, através do Decreto 678, de 06 de Novembro de 1992, que possui a regra da presunção de inocência escrita, de forma expressa, e que tem *status supra legal*;
- d) Por se tratar de postulado histórico-garantista, num Estado Democrático de Direito não pode sofrer restrições exegéticas decorrente de contexto, ou momento social.

A própria presunção de inocência, tecnicamente não é uma presunção. A presunção no sentido técnico-jurídico exige, segundo Antônio Magalhães Gomes Filho (1994, p.30),

- a) Um fato base ou indício afirmado e provado por uma parte e que não integra o suposto fático da norma aplicável;
- b) Um fato presumido afirmado pela parte e que é o suposto fático da norma cuja aplicação se pede;
- c) Um nexos lógico entre dois fatos, que é precisamente a presunção, operação mental em virtude da qual, partindo da existência do indício provado, se chega a dar por existente o fato presumido

Na mesma toada, Gomes Filho (1994, p.30) informa que

Tampouco pode ser considerada como uma ficção jurídica, pois se trata de uma “verdade temporária” que pode ser desvirtuada com prova em contrário, verdade fundada na experiência geral, não em ficção, limitando-se o legislador a antecipar ou assentar esta verdade, mas com caráter eventual, e somente para o caso de não existir prova em contrário.

Como na Constituição não existe um vínculo entre duas afirmações qualitativamente distintas, mas uma única afirmação, logo não se trata tecnicamente de uma presunção.

4.2 Natureza de Direito Fundamental

Do ponto de vista formal (extrínseco), o princípio da presunção de inocência configura um Direito Constitucional Fundamental, já que está inserido no rol de Direitos e garantias individuais.

Como Direito Fundamental é de aplicação imediata e direta, obrigando a todos (poderes públicos e particulares), de ampla interpretação e restrição limitada a casos excepcionais e previstos, e obviamente garantida o acesso à jurisdição, na hipótese de violação.

Do ponto de vista material é um Direito Predominantemente processual penal, com repercussões no campo probatório, das garantias e do tratamento do acusado, e com natureza de presunção *juris tantum*, ou seja, admite prova em contrário.

Segundo Guerra Filho (1997, p.12),

Historicamente, os Direitos fundamentais, na dimensão empírica, são Direitos Humanos. Sob o prisma epistemológico são manifestações positivas do Direito, com aptidão para a produção de efeitos no plano jurídico, enquanto que os Direitos Humanos são pautas ético-políticas, situadas em uma dimensão suprapositiva, deonticamente diversa daquela em que se situam as normas jurídicas.

Nas primeiras sociedades humanas, não havia limitação do poder estatal, bem como não existia liberdades individuais, haja vista, o conceito de indivíduo, segundo o modelo que temos hoje, também não existia.

As pessoas faziam parte de um todo indivisível, e o poder estatal era exercido sobre a horda humana. Segundo, Celso Ribeiro Bastos (1998, p.166),

somente com o cristianismo, por meio da concepção de que cada pessoa individualmente é criada à imagem e semelhança de Deus, e na Idade Média, em que os acordos entre o Rei eram feitos a seus súditos individualmente, em troca de favores de suserania e vassalagem, é que a individualidade tornou-se visível a individualidade.

Desta forma que surgiu a *Magna Charta* de 1215, na Inglaterra, primeira Declaração de Direitos Fundamentais, que se tem notícia, ou como é conhecida, a “Grande Carta de Liberdade Inglesa”, assinada por João Sem-Terra, que ameaçado por uma guerra Civil, assinou, pressionado pelos Barões.

Posteriormente ocorreram aprimoramentos na limitação do poder, através do *Habeas Corpus Act*, em 1679 e o *Bill of Rights*, em 1688. Segundo Miguel Feu Rosa (2000, p.159), **“nota-se sempre um processo evolucionista em defesa da liberdade, propriedade privada, segurança, direito de resistência, contra os abusos da Coroa (Estado) e liberdade de consciência e de religião”**.

Após a origem inglesa, os Direitos Humanos sofreram duas fortes influências, decorrentes do pensamento iluminista da França no século XVIII e da Independência Americana, com a concepção Jusracionalista. A França, com as ideias de sua revolução, enumerou princípios na “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão”, de 1789, incorporada às Constituições da maioria dos países democráticos do mundo.

O que a Revolução Francesa teve de mais relevante e peculiar em relação a Revolução Inglesa do Baronato de 1215, foi o caráter de universalidade, e com conteúdo teórico e racional, o que permitiu ultrapassar as fronteiras da França e alcançar boa parte das Constituições do mundo democrático, enquanto que as Revoluções anglo-saxões foram vinculadas às circunstâncias históricas locais, sem quase conteúdo teórico, importante por terem sido as precursoras, mas limitados no espaço.

Segundo Celso Bastos (1998, p.169),

As Declarações Americanas, advindas da Independência das Colônias em 1776, repercutiram decisivamente na enunciação de Direitos humanos fundamentais, especialmente em relação ao estabelecimento da liberdade de culto, uma vez que os colonizadores eram ingleses que fugiram e seu país por motivos religiosos.

Os Princípios estabelecidos nestas declarações foram convertidos em normas jurídicas fundamentais, e integraram os mais importantes capítulos das Constituições dos Estados civilizados, intitulado como garantias constitucionais.

O Estado Constitucional Moderno nasceu como um Estado liberal Burguês, que sofreu profundas modificações no final do século XIX e início do Século XX, com o surgimento do ideário socialista, comunistas, tendo seu momento nevrálgico, com a Revolução Russa de 1917.

Estas ideologias preconizavam a presença do Estado para, Segundo Luiz Luisi (1991, p.9),

superar as distorções desigualitárias geradas pelo Estado Liberal, e garantir a todos o indispensável ao atendimento das necessidades materiais básicas, ou seja, um Estado Social e Intervencionista.

As influências do ideário socialista foram tão profundas na sociedade, que após a segunda guerra mundial, boa parte das Constituições passaram a prever direitos sociais, econômicos, trabalhistas, políticos, coletivos, limitações ao Direito de propriedade, enfim, certa prevalência do Direito Público sobre os interesses privados, ou seja, conciliaram os princípios liberais do Estado Liberal Burguês, com Direitos Humanos e de cidadania, do Estado Social.

Segundo Celso Ribeiro Bastos (1998, p.1998),

Os Direitos Fundamentais hoje têm uma concepção muito mais ampla e complexa do que no final do século XVIII. O Liberalismo pregou o caráter negativo dos mesmos, explicando-os através de um não atuar, de um abster-se do Estado.

Não tardou, para se perceber que o estabelecimento de um rol de Direitos individuais, com caráter meramente negativo, não se mostrava suficiente para a garantia da plena liberdade individual.

Percebeu-se que para a efetivação e alguns Direitos, não bastava a sua proclamação formal na Constituição nacional, mas de meios e condições materiais para o seu exercício. Desta forma, as Constituições passaram a prever deveres prestacionais por parte do Estado, mediante o fornecimento de um Bem pelo Poder Público.

Por fim, o assunto tornou-se uma questão de interesse internacional, passando a existir a proclamação de Direitos Humanos, no âmbito transnacional, através de vários documentos internacionais, sendo o mais importante a Declaração Universal dos Direitos do Homem, votada pela Assembleia Geral da ONU, em Dezembro de 1948.

Estas declarações visam a proteção do estrangeiro, em face do governo do Estado que se encontre, bem como a defesa do nacional, contra a opressão de

seu próprio Estado, numa concepção universalista dos Direitos do homem. Todavia, a questão é de natureza eminentemente moral, já que sua jurisdicionalização fica na dependência da adesão dos Estados.

4.2.1 Função dos Direitos Fundamentais e sua relação com o princípio da presunção de inocência

A classificação dos Direitos Fundamentais, segundo Guerra Filho (1997, p.13), afirma-se que,

Os Direitos fundamentais apresentam um duplo caráter, tanto como Direitos, que os sujeitos gozam perante o Estado, sendo, portanto, Direitos Públicos Subjetivos, quanto como princípios conformadores do modo como o Estado que os consagra deve organizar-se e atuar, daí a figura do *status* apresentar-se como mais adequada do que a do Direito subjetivo para categorizá-los.

De fato, os Direitos Fundamentais cumprem, ensina Canotilho (1998, p.373),

A função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1): Constituem, num plano jurídico-objetivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) Implicam, num plano jurídico-subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa).

O mestre Português acima, informa que os Direitos fundamentais possuem: a função de Prestação Social, de proteção perante terceiros e de não discriminação. (1998, p. 375)

A primeira constitui o Direito do particular a obter algo através do Estado (saúde, educação, segurança pública, etc), a segunda, impõe ao Estado o dever de proteger os titulares de Direitos fundamentais de lesões provocadas por terceiros, e a terceira visa assegurar que o Estado trate os seus cidadãos como cidadãos fundamentalmente iguais, alargando-se a todos os Direitos.

A doutrina moderna classifica os Direitos Fundamentais, de forma consensual, em 3 (Três) grandes gerações de Direitos, consoante a ordem cronológica. Os de primeira Geração ou Dimensão, compreendem os Direitos e Garantias individuais e políticos clássicos, de cunho negativo e formal, surgidos com a *Magna Charta* Inglesa, como reação à força arbitrária do Estado, nos Direitos e garantias individuais dos indivíduos.

A segunda Dimensão de Direitos, os chamados Direitos Coletivos (Direitos Sociais, econômicos e Culturais), surgidos no final do século XIX e início do século XX, e caracterizam-se por ser prestacional (prestações positivas e objetivas do Estado), e tem como objetivo garantir idênticas oportunidades e condições para os indivíduos na sociedade.

E, por último, a Terceira Dimensão, os Direitos Transindividuais, de solidariedade ou fraternidade, e cunho predominantemente, positivo, de titularidade coletiva, atribuídos a grupos indeterminados, e visam o estabelecimento de métodos de contenção e resolução de conflitos sociais. Nesta dimensão, superou-se a concepção individualista, para atender às necessidades do gênero humano, enquanto coletividade.

As constituições modernas buscam, a coexistência integrada dos Direitos clássicos e dos direitos sociais, econômicos e culturais, embora na prática, esta integração continue sendo incapaz de assegurar a dignidade da vida humana de forma absoluta.

Segundo Jorge Miranda, (2000, p.32)

O Estado Social, em crise e sofrendo o impacto de correntes neoliberais e monetaristas, não tem conseguido impedir fenômenos de exclusão, nem, o agravamento de contrastes entre Norte e Sul do planeta, geradores de migrações de consequências imprevisíveis.

Os Direitos fundamentais em razão da posição normativa que ocupam no ordenamento jurídico, em nível constitucional, gozam de procedimentos especiais de revisão (fundamentalidade formal), quanto a seu conteúdo, por se referir a valores supremos do ser humano (fundamentalidade material).

Em razão disso, ainda que não expressos na Constituição Federal, reconhecem-se direitos fundamentais decorrentes do regime e dos princípios adotados no Texto Constitucional, ou nos tratados internacionais ratificados pelo País.

A Universalidade é uma das suas principais características, já que por serem inerentes à condição humana, de modo que não apenas os cidadãos do País são dotados de subjetividade jurídica para lhes ser atribuída a titularidade de Direitos fundamentais, mas também estrangeiros que estejam no território nacional, podendo a lei interna estabelecer reserva de direitos aos nacionais.

Além da Universalidade, a Irrenunciabilidade é outra característica relevante dos Direitos Fundamentais. Em razão dela, os destinatários poderão optar por não os exercer, mas jamais abrir mão deles.

A terceira característica é a imprescritibilidade quanto a seu exercício. São também indivisíveis, o que impossibilita a cisão do conteúdo de algum Direito, ou, ainda, de se efetivarem somente parte dos direitos reconhecidos.

Como os Direitos Fundamentais são interrelacionados, caso haja colisão, deverão ser harmonizados, sem que ocorra o sacrifício definitivo de nenhum deles.

A Quarta característica é extensividade, ou seja, a interpretação dos Direitos fundamentais deve ser a mais ampliativa possível, buscando a exegese mais favorável que deles possa se fazer.

A quinta característica é inexauribilidade, significando que a previsão nunca é taxativa, podendo ser acrescidos em razão de normas internacionais, além de outras que se revelarem no próprio sistema jurídico nacional.

A Imediatidade é a sexta característica, ou seja, a aplicação deve ser direta e imediata, cabendo a Constituição estabelecer meios assecuratórios do cumprimento. Apenas normas constitucionais podem restringir direitos fundamentais.

Segundo Jorge Miranda (2000, p.339),

a Restrição pela atividade normativa infraconstitucional dos Direitos fundamentais é sempre excepcional, somente possível quando exista “reserva da Constituição” ou decorrente da interação com outras disposições constitucionais, não podendo atingir a extensão e o alcance do conteúdo essencial do Direito.

Desta forma, enquanto a interpretação dos Direitos fundamentais deve ser sempre ampliativa, a interpretação das restrições deve ser limitativa, inadmitindo-se cláusulas genéricas de restrição. Deve-se também extrair dos Direitos fundamentais o máximo de seu conteúdo e realização, não apenas em termos teóricos, como também de repercussão prática, buscando-se a sua efetiva implementação.

Como bem lembra, Walter Rothenburg (2000, p. 155),

Vige nos Direitos Fundamentais um princípio que se traduz na proibição de retrocesso, em relação aos Direitos fundamentais já conquistados, marco de conquista civilizatória, de sorte que não se permite a mera revogação de normas consagradoras daqueles ou sua substituição por outras menos generosas.

Na modernidade, já não é aceitável a visão de uma Constituição como mero instrumento de defesa dos membros da sociedade diante do poder estatal, atribuindo direitos aos indivíduos, e promovendo a organização do poder. O que se espera da Lei Fundamental é que esta trace os paradigmas da atividade estatal e social, promovendo o bem-estar individual e coletivo.

Esta mudança de perspectiva, promoveu alterações no plano jurídico. E a regulação que se quer no Direito é no plano finalístico e sentido prospectivo, para enfrentar a imprevisibilidade das situações a serem reguladas, e não mais as normas de outrora, com seu sentido retrospectivo, que estabeleciam uma conduta.

Neste contexto é que Robert Alexy (1997, p.81) afirma,

que a distância entre princípios e regras, ambas normas, porque dizem o que deve ser, é a base para a fundamentação jusfundamental, sem a qual não pode haver uma teoria adequada dos limites, nem uma teoria satisfatória da colisão e tampouco uma teoria suficiente acerca do papel que tem os direitos fundamentais no sistema jurídico. Tal diferença seria não gradual, mas qualitativa, sendo o princípio mandato de otimização cuja medida de cumprimento varia conforme as possibilidades reais e jurídicas existentes, sendo o âmbito destas últimas, determinado pelos princípios e regras opostos. Já a regra trata-se de norma que somente pode ser cumprida ou não, nem mais, nem menos, ou seja, contém determinação no âmbito do fático e juridicamente possível.

Portanto, os princípios jurídicos, de um modo geral estabelecidos na Constituição, a exemplo do Estado de Inocência, não se reportam a um fato específico. Servem como indicadores de uma opção por um determinado valor, a ser considerado na apreciação de fatos e situações possíveis. Sendo o princípio fundamental, portanto, dotado de dimensão ética e política, que apontará a direção a ser seguida para a solução de uma ocorrência, de acordo com o Direito, mas para a qual ele não tenha regra que discipline suficientemente.

Enfim, segundo Canotilho (1998, p.1.123), **“impõe a otimização de um Direito ou de um bem jurídico tendo em conta a reserva do possível, fática ou juridicamente”**.

4.3 Reflexos no Direito Processual Penal

Segundo Montanés Pardo, citado por Adelina Carvalho (2004, p.69), a Presunção de Inocência deve ser compreendida, em primeiro plano, como *“el concepto fundamental em torno al cual se construye el modelo de proceso penal, concretamente el proceso penal de corte liberal, em el que estalecen garantías para el imputado”*.

Portanto, segundo a doutrina acima citada, “o conceito fundamental em torno do qual se contrõe um modelo de processo penal, especificamente é um processo penal de cunho liberal, no qual são estabelecidas garantias para o réu”. Desta forma, pode-se inferir que o ônus da prova da culpa do acusado cabe ao poder público, através do Ministério público, não podendo haver a sua inversão.

A regra probatória da culpabilidade compete ao Ministério Público, o que significa que cabe ao *parquet* produzir todas as provas (lícitas) que entender necessárias e suficientes para a condenação, pois não conseguindo demonstrar a culpabilidade do imputado, restará somente a absolvição.

Desta forma, o princípio da presunção de inocência guarda grande proximidade com o *in dubio pro reo*, no qual na dúvida o magistrado deve absolver o réu (*in dubis reus este absolvendus*), ambas manifestações do princípio *favor rei*.

No entanto, possuem natureza, âmbito de aplicação e proteção jurisdicional distintos. O princípio *in dubio pro reo* trata-se de um princípio geral do Direito, e

segundo Zaffaroni (1995, p.310), “**Critério de valoración de prueba**” (Critério de valoração de prova).

A Presunção de Inocência trata-se de um Direito Fundamental, e como tal, vincula a todos os demais poderes.

O *In dubio pro reo* é aplicado quando ocorre a atividade probatória, e permanece duvida quanto a ocorrênciadados elementos objetivos e subjetivos que integram o tipo penal. Já a presunção de inocência mostra-se eficaz quando inexistem provas, ou quando as existentes não reúnem as garantias processuais (prova ilícitas).

O princípio da inocência goza de proteção jurisdicional constitucional, o que não ocorre em relação ao *in dubio pro reo*. No entanto, nos casos em que a dúvida não verse sobre fatos de pretensão punitiva, ou sobre a participação de algum acusado, sobre os quais não se desdobra a eficácia da presunção de inocência, a exemplo das atenuantes, agravantes, erros de proibição, etc, em que a regra do *in dubio pro reo* se aplica em toda a sua extensão.

A Culpabilidade, deve ser demonstrada e provada pelo órgão acusatório, e segundo José Cretella Júnior (1988, p.536),

é a situação do agente que deve responder pela violação da lei penal, referindo-se ao nexosubjetivo que une o autor ao crime, revestindo-se, no Direito Penal Brasileiro, das formas de dolo e culpa.

Portanto, cabe ao órgão acusatório a comprovação dos fatos que se ajustam a uma figura típica, e da concorrência do imputado para os mesmos, a título de dolo e culpa. Em nenhuma caso deve ser admitida a presunção de culpa. E segundo Antônio Magalhães Gomes Filho (1994, p. 31), “**As presunções, como é sabido, importam na dispensa do referido encargo para quem as tem a seu favor**”.

Além do ônus da prova, outras implicações decorrem do princípio da presunção de inocência, com regra probatória, a exemplo da necessidade de se verificar a existencia dos fatos imputados, bem como que seja assegurado ao acusado o direito ao silêncio, sendo vedada qualquer medida de coerção visando a obrigá-lo a produzir provas contra si.

A presunção de inocência, como regra de garantia, assegura ao acusado o *due process of law*, o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos

inerentes. Assim como, toda a colheita de prova deve ser cercada de garantias, inclusive a da publicidade, observando o previsto no ordenamento jurídico, tais como: Juiz natural, julgado em prazo razoável, ser informado da acusação que lhe é dirigida, proibição de provas ilícitas, etc, sob pena de nulidade do processo acusatório. E segundo Antônio Magalhães Gomes Filho (1995, p.90), resulta indeclinável

a exigência de submissão dos procedimentos probatórios a certas regras- lógicas, psicológicas, éticas, jurídicas etc- cuja observância acarretaria uma inevitável fratura entre o julgamento e a sociedade no seio da qual o mesmo é realizado.

A presunção de inocência traduz também uma norma de comportamento que deve orientar o tratamento do acusado pelo Estado no curso do processo Penal, impedindo qualquer ato ou situação que importe punição antecipada, restrição ao exercício de Direitos, reconhecimento prévio de culpabilidade, ou equiparação do acusado a situação de culpado. Somente com o Trânsito em julgado de eventual sentença condenatória, o que torna findo o processo, o acusado deve passar ao *status* de culpado.

A consagração do princípio do estado de inocência não afasta a constitucionalidade das espécies de prisões cautelares, de modo que estas podem, a despeito da presunção de inocência, incidir sobre o *status libertatis* do acusado. As medidas cautelares não implicam presunção de culpa, pois o juízo cautelar é mero juízo de periculosidade, não de culpabilidade.

Nas palavras de Frederico Marques (1993, p.100),

A presunção de inocência decorrente do que está expresso no artigo 5º, LVII, cria para o acusado um status especial de respeito à sua liberdade. Não há proibição de medidas cautelares como a prisão preventiva e a prisão em flagrante(...). Mas proscria está a prisão cautelar obrigatória, até mesmo após a sentença condenatória recorrível”.

Desta forma, qualquer restrição à liberdade do acusado se revela medida excepcional, e que se justifica diante de sua absoluta necessidade. As medidas cautelares exigem o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, de sorte que qualquer decreto provisório, deve ser fundamentado e individualizado, assim sendo refutado prisão por presunção de periculosidade.

Segundo Gomes Filho (1994, p. 33),

o Fumus boni iuris refere-se à probabilidade do direito de punir, ou seja, é a prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria, o *periculum in mora* diz respeito à verificação, em concreto, de insatisfação daquele direito diante da demora na prestação jurisdicional.

Este também é o entendimento da Suprema Corte Brasileira, em voto plasmando pelo Min. Sepúlveda Pertence, no HC 69.714-SP, no qual transcreve a lição de Alberto Silva Franco, tirada da obra de Luis Roberto Barroso e Ana Paula Barcelos (1997, p.63), “ **O princípio da presunção de inocência não entra, portanto, em rota de colisão com a prisão cautelar, desde que esta tenha o caráter de excepcionalidade, e não perca a sua qualidade instrumental**”.

Não se pode olvidar que, não se pode falar em direito absoluto, inclusive à **presunção de inocência**, uma vez que os Direitos individuais se contrapõem sempre a outros Direitos e interesses (coletivos), dotados de grande carga publicista, logo, no caso concreto havendo a colisão do estado de inocência e o dever do Estado de realizar a justiça, impondo medidas restritivas dos Direitos fundamentais, em prol da segurança social, é necessário encontrar o equilíbrio entre o liberalismo radical, e as alegações infundadas de defesa da sociedade, afinal, os Direitos humanos existem para o aperfeiçoamento da vida social, não devendo existir liberdades, sem coerção, nem intervenções restritivas, sem razão.

4.4 Do Cumprimento de Pena em Segunda Instância e a presunção de Inocência

A presunção de inocência tem ganhado contornos diferentes ao longo da história recente no Brasil, voltando ao debate em 2016, após o julgamento do HC (Habeas Corpus) 126292, de relatoria do Ministro Teori Zavascki, em que se autorizou por maioria, a prisão em segunda instância.

No julgamento do HC (Habeas Corpus) 126292, foi discutido como deve ser interpretado o artigo 283 do Código de Processo, frente aos incisos LVII e LXI da Constituição Federal. O artigo 283 do Diploma de ritos Penais afirma que:

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva. [\(Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011\).](#)

Observa-se que o dispositivo processual supra, reflete quase que a literalidade dos incisos constitucionais, também mencionados, a saber:

Art. 5º.....

.....

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

.....

LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;

Se o dispositivo processual afirma que não pode haver prisão, no Brasil, senão, em flagrante delito, por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado, o que é reafirmado constitucionalmente, como é possível cogitar judicialmente a prisão em segunda instância, já que neste estágio processual não houve a formação da culpa? E o princípio da presunção de inocência, como conviverá com uma prisão sem culpa formada, não sendo prisão cautelar ?

Até 2009, mesmo com as disposições constitucionais do artigo 5º, incisos LVII e LXI, havia o cumprimento de pena após o julgamento de segunda instância, sob o argumento que os recursos Especiais e Extraordinários, não gozam de efeito suspensivo. Em, 2009, no julgamento do Habeas Corpus nº 84.078, o STF declarou a inconstitucionalidade desse instituto, e exigindo-se o trânsito em julgado para a formação de culpa, e por conseguinte a prisão.

Em 2011, a lei 12.403, alterou o artigo 283 do Código de Processo Penal, adequando-o ao então entendimento da corte, de modo a permitir somente a

prisão para fins de cumprimento de pena, após o trânsito em julgado, e esse entendimento perdurou até 2016.

Em 17 de fevereiro de 2016, por maioria de votos, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) entendeu que a execução da pena, após a confirmação da sentença em segundo grau, não ofende o princípio constitucional da presunção da inocência.

Para o relator do caso, ministro Teori Zavascki, a sentença penal na segunda instância encerra a análise de fatos e provas que assentaram a culpa do condenado, o que autoriza o início da execução da pena. Portanto, sob o prisma do relator Teori Zavascki, após o segundo grau já está formado a culpa, logo torna-se possível a execução (provisória) da pena.

Esta decisão ocorreu por maioria de 7 a 4, e promoveu uma mudança de entendimento da corte constitucional, voltando ao patamar anterior a 2009. O relator votou pelo indeferimento do pleito, acompanhado pelos ministros Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Dias Toffoli, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes.

Tiveram votos divergentes, a ministra Rosa Weber e os ministros Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski, à época presidente da Corte, ficaram vencidos. Estes votaram pela manutenção da jurisprudência do Tribunal que exigia o trânsito em julgado para cumprimento de pena.

Quanto aos votos, o **Ministro Fachin**, foi o primeiro a votar, abriu divergência em relação ao relator e votou pelo indeferimento da medida cautelar, dando ao artigo 283 do CPP interpretação conforme a Constituição que afaste aquela segundo a qual a norma impediria o início da execução da pena quando esgotadas as instâncias ordinárias. Ele defendeu que o início da execução criminal é coerente com a Constituição Federal quando houver condenação confirmada em segundo grau, salvo quando for conferido efeito suspensivo a eventual recurso a cortes superiores.

Fachin destacou que a Constituição não tem a finalidade de outorgar uma terceira ou quarta chance para a revisão de uma decisão com a qual o réu não se conforma e considera injusta. Para ele, o acesso individual às instâncias extraordinárias visa a propiciar ao STF e ao Superior Tribunal de Justiça (STJ)

exercer seus papéis de uniformizadores da interpretação das normas constitucionais e do direito infraconstitucional. Segundo ele, retomar o entendimento anterior ao julgamento do HC 126292 não é a solução adequada e não se coaduna com as competências atribuídas pela Constituição às cortes superiores. Por fim, afastou o argumento de irretroatividade do entendimento jurisprudencial prejudicial ao réu, entendendo que tais regras se aplicam apenas às leis penais, mas não à jurisprudência.

O **Ministro Roberto Barroso** seguiu a divergência, defendeu a legitimidade da execução provisória após decisão de segundo grau e antes do trânsito em julgado para garantir a efetividade do direito penal e dos bens jurídicos por ele tutelados. No seu entendimento, a presunção de inocência é princípio, e não regra, e pode, nessa condição, ser ponderada com outros princípios e valores constitucionais que têm a mesma estatura. “A Constituição Federal abriga valores contrapostos, que entram em tensão, como o direito à liberdade e a pretensão punitiva do estado”, afirmou. “A presunção da inocência é ponderada e ponderável em outros valores, como a efetividade do sistema penal, instrumento que protege a vida das pessoas para que não sejam mortas, a integridade das pessoas para que não sejam agredidas, seu patrimônio para que não sejam roubadas”.

Barroso contextualizou a discussão citando exemplos para demonstrar que o entendimento anterior do STF sobre a matéria não era garantista, “mas grosseiramente injusto”, e produziu consequências “extremamente negativas e constatáveis a olho nu”. Entre elas, incentivou à interposição sucessiva de recursos para postergar o trânsito em julgado, acentuou a seletividade do sistema penal e agravou o descrédito da sociedade em relação ao sistema de justiça – o que, a seu ver, contribui para aumentar a criminalidade.

O **Ministro Teori Zavascki** acompanhou a divergência e reafirmou entendimento já manifestado no julgamento do HC 126292, de sua relatoria, afirmando que o princípio da presunção da inocência não impede o cumprimento da pena. Teori ressaltou que esta era a jurisprudência do Supremo até 2009.

“A dignidade defensiva dos acusados deve ser calibrada, em termos de processo, a partir das expectativas mínimas de justiça depositadas no sistema

criminal do país”, afirmou. Se de um lado a presunção da inocência e as demais garantias devem proporcionar meios para que o acusado possa exercer seu direito de defesa, de outro elas não podem esvaziar o sentido público de justiça. “O processo penal deve ser minimamente capaz de garantir a sua finalidade última de pacificação social”, afirmou.

Outro argumento citado pelo ministro foi o de que o julgamento da apelação encerra o exame de fatos e provas. “É ali que se concretiza, em seu sentido genuíno, o duplo grau de jurisdição”, ressaltou

A Ministra Rosa Weber, acompanhou o voto do relator, entendendo que o artigo 283 do CPP espelha o disposto nos incisos LVII e LXI do artigo 5º da Constituição Federal, que tratam justamente dos direitos e garantias individuais. “Não posso me afastar da clareza do texto constitucional”, afirmou.

Para Rosa Weber, a Constituição Federal vincula claramente o princípio da não culpabilidade ou da presunção de inocência a uma condenação transitada em julgado. “Não vejo como se possa chegar a uma interpretação diversa”, concluiu.

O **Ministro Luiz Fux**, seguiu a divergência, observando que tanto o STJ como o STF admitem a possibilidade de suspensão de ofício, em habeas corpus, de condenações em situações excepcionais, havendo, assim, forma de controle sobre as condenações em segunda instância que contrariem a lei ou a Constituição.

Segundo seu entendimento, o constituinte não teve intenção de impedir a prisão após a condenação em segundo grau na redação do inciso LVII do artigo 5º da Constituição. “Se o quisesse, o teria feito no inciso LXI, que trata das hipóteses de prisão”, afirmou. O ministro ressaltou ainda a necessidade de se dar efetividade à Justiça. “Estamos tão preocupados com o direito fundamental do acusado que nos esquecemos do direito fundamental da sociedade, que tem a prerrogativa de ver aplicada sua ordem penal”, concluiu.

O Ministro Dias Toffoli, acompanhou parcialmente o voto do relator, acolhendo sua posição subsidiária, no sentido de que a execução da pena fica suspensa com a pendência de recurso especial ao STJ, mas não de recurso extraordinário ao STF. Para fundamentar sua posição, sustentou que a instituição do requisito de repercussão geral dificultou a admissão do recurso extraordinário em matéria

penal, que tende a tratar de tema de natureza individual e não de natureza geral – ao contrário do recurso especial, que abrange situações mais comuns de conflito de entendimento entre tribunais.

Segundo Toffoli, a Constituição Federal exige que haja a certeza da culpa para fim de aplicação da pena, e não só sua probabilidade, e qualquer abuso do poder de recorrer pode ser coibido pelos tribunais superiores. Para isso, cita entendimento adotado pelo STF que admite a baixa imediata dos autos independentemente da publicação do julgado, a fim de evitar a prescrição ou obstar tentativa de protelar o trânsito em julgado e a execução da pena.

O **ministro Ricardo Lewandowski** ressaltou que o artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal é muito claro quando estabelece que a presunção de inocência permanece até trânsito em julgado. “Não vejo como fazer uma interpretação contrária a esse dispositivo tão taxativo”, afirmou.

Para ele, a presunção de inocência e a necessidade de motivação da decisão para enviar um cidadão à prisão são motivos suficientes para deferir a medida cautelar e declarar a constitucionalidade integral do artigo do 283 do CPP. Assim, ele acompanhou integralmente o relator, ministro Marco Aurélio.

O Ministro Gilmar Mendes votou com a divergência, avaliando que a execução da pena com decisão de segundo grau não deve ser considerada como violadora do princípio da presunção de inocência. Ele ressaltou que, no caso de se constatar abuso na decisão condenatória, os tribunais disporão de meios para sustar a execução antecipada, e a defesa dispõe de instrumentos como o habeas corpus e o recurso extraordinário com pedido de efeito suspensivo. Ele ressaltou que o sistema estabelece um progressivo enfraquecimento da ideia da presunção de inocência com o prosseguimento do processo criminal. “Há diferença entre investigado, denunciado, condenado e condenado em segundo grau”, afirmou. Segundo Gilmar Mendes, países extremamente rígidos e respeitosos com os direitos fundamentais aceitam a ideia da prisão com decisão de segundo grau.

O **Ministro Celso de Mello**, acompanhou o do relator, foi enfático ao defender a incompatibilidade da execução provisória da pena com o direito fundamental do réu de ser presumido inocente, garantido pela Constituição Federal e pela lei

penal. Segundo o ministro, a presunção de inocência é conquista histórica dos cidadãos na luta contra a opressão do Estado e tem prevalecido ao longo da história nas sociedades civilizadas como valor fundamental e exigência básica de respeito à dignidade da pessoa humana.

Para o decano do STF, a posição da maioria da Corte no sentido de rever sua jurisprudência fixada em 2009 “reflete preocupante inflexão hermenêutica de índole regressista no plano sensível dos direitos e garantias individuais, retardando o avanço de uma agenda judiciária concretizadora das liberdades fundamentais”. “Que se reforme o sistema processual, que se confira mais racionalidade ao modelo recursal, mas sem golpear um dos direitos fundamentais a que fazem jus os cidadãos de uma república”, afirmou.

A Ministra Carmem Lúcia, e há época presidente do STF, negou o pedido de cautelar nos pedidos. Ela lembrou, em seu voto, posicionamento proferido em 2010 sobre o mesmo tema, quando acentuou que, quando a Constituição Federal estabelece que ninguém pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado, não exclui a possibilidade de ter início a execução da pena – posição na linha de outros julgados do STF.

Para a presidente, uma vez havendo apreciação de provas e duas condenações, a prisão do condenado não tem aparência de arbítrio. Se de um lado há a presunção de inocência, do outro há a necessidade de preservação do sistema e de sua confiabilidade, que é a base das instituições democráticas. “A comunidade quer uma resposta, e quer obtê-la com uma duração razoável do processo”.

Foram ajuizadas duas ADC's 43 e 44, pelo PEN (Partido Ecológico Nacional) e pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, que tem como objetivo, avaliar se o artigo 283 do Código de Processo Penal foi recepcionado pela Constituição. Nas ações foram postuladas medidas cautelares, para suspender a execução antecipada da pena de todos os acórdãos prolatados em segunda instância.

Foi alegado que o julgamento do Habeas Corpus (HC) 126292, em fevereiro de 2016, no qual o STF entendeu possível a execução provisória da pena, gerou grande controvérsia jurisprudencial acerca do princípio constitucional da

presunção de inocência, porque, mesmo sem força vinculante, tribunais de todo o país “passaram a adotar idêntico posicionamento, produzindo uma série de decisões que, deliberadamente, ignoram o disposto no artigo 283 do CPP”.

O caso começou a ser analisado pelo Plenário em 1º de setembro de 2016, quando o relator das duas ações, ministro Marco Aurélio, votou no sentido da constitucionalidade do artigo 283, concedendo a cautelar pleiteada. Contudo, com a retomada do julgamento da sessão, prevaleceu o entendimento de que a norma não veda o início do cumprimento da pena, após esgotadas as instâncias ordinárias.

A medida cautelar foi indeferida, e o mérito das Ações Declaratórias de Constitucionalidades 43 e 44 estão pautadas para julgamento em 10/04/2019, e até este momento, ficou decidido, através do Habeas Corpus 152752, que a prisão não é automática, cabendo a cada tribunal analisar a conveniência e oportunidade de implementar a prisão após o segundo grau.

Inclusive, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, sumulou no verbete 122, nos seguintes termos: **“Encerrada a jurisdição criminal de segundo grau, deve ter início a execução da pena imposta ao réu, independentemente da eventual interposição de recurso especial ou extraordinário.”**

A Celeuma ressurgiu, pois se discute na sociedade uma suposta ineficiência do judiciário (impunidade), em especial para os mais abastados, que utilizam o sistema recursal de forma que seus processos nunca transitam em julgado, logo não há cumprimento de pena.

O Outro ponto alegado é que o sistema Recursal é tão vasto, associado a estrutura judiciária diminuta, e precária, para dar vazão a tantas ações e recursos, ocorrendo prescrições diuturnamente nos processos, sem que haja a prestação jurisdicional a contento.

A exigência Constitucional do Trânsito em Julgado, associado a falta de estrutura do judiciário e o sistema recursal, segundo os “eficientistas penais”, impossibilitaria ao Estado de cumprir a prestação jurisdicional penal, agravando mais ainda a seletividade penal, pois os mais ricos que podem acessar todas as instâncias judiciárias teriam seus processos prescritos, ou nunca transitados em julgado, logo não iriam cumprir pena, numa eventual condenação.

Em busca de fornecer uma resposta rápida à opinião pública (que o judiciário é útil e eficiente), promovendo prisões da alta cúpula sócio-econômica do País, sem a necessidade de enfrentar alterações Constitucionais e/ou legais (Código de Processo Penal), o Supremo Tribunal Federal promoveu um “malabarismo hermenêutico”, para produzir uma exegese Constitucional diferente da literalidade do texto Magno, produzindo interpretação restritiva de Direitos Fundamentais, por uma conveniência midiático-social.

Que se mostra necessário reduzir as imensas desigualdades materiais no acesso à justiça e defesa técnica, é indubitável. Que é indispensável se pensar em um processo que finalize, reduzindo os custos para o Estado também é inquestionável. Que se mostra necessário uma eventual Emenda Constitucional para estabelecer os limites da presunção de inocência, por exemplo, seguindo a grande parte do mundo civilizado, que estabelece no 2º grau, é fundamental. Que é necessário a produção de um novo código de processo penal, que seja pautado num sistema acusatório puro, e que tenha um sistema recursal racional, mostra-se indispensável.

Entretanto, o que não é aceitável é a manutenção de um sistema constitucional com 4 (quatro) graus de jurisdição recursal, com a previsão de que a culpa só se forma com o Trânsito em julgado, e por uma conveniência hermenêutica circunstancial, produzir uma exegese restritiva de Direitos Fundamentais.

Da mesma forma, não é aceitável o Judiciário transferir a responsabilidade de sua ineficiência na *persecutio criminis* para a sociedade, ou seja, o Estado reconhece que não tem condições de cumprir o *múnus* jurisdicional, por todos os fatores acima elencados, e produz uma “gambiarra hermenêutica”, no lugar de promover as mudanças legislativas e executivas necessárias para o adequado serviço público.

O País que busca ser reconhecido como referência mundial, não pode conviver com uma Constituição assecuratória de Direitos Humanos fundamentais, avançada, e uma legislação infraconstitucional da década de 40 do século passado, com influências autoritárias, e criadas em regimes de exceção, pois, por si só são inconciliáveis.

Além de que o Estado não está preparado para a “judicialização de massas”, com aumento substancial da criminalidade (por fatores sociais), utilizando-se um arcabouço legislativo retrógrado, pautado em presunções de criminalidade e violações de Direitos fundamentais.

A presunção de inocência, em tempos de crise, sofre as maiores violações e relativizações, em nome do “eficientismo e populismo penais”, no qual o Estado quer transmitir uma pseudo segurança social, no entanto, as medidas perpetradas, além de ineficazes (punitivismo irracional), via de regra promovem o cerceamento e restrição de Direitos Fundamentais.

O que se espera é que o Estado Brasileiro, promova a presunção de inocência, pois é alicerce de qualquer sistema jurídico civilizado, e promova as alterações legislativas e executivas pautadas na Criminologia e na Política Criminal, no intuito de restringir (Direito Penal fragmentário e subsidiário), refinar e qualificar a ingerência criminal na sociedade, pois só assim, poder-se-á ter um Estado Democrático de Direito, no viés material.

5. DIREITO COMPARADO

Mostra-se relevante a apresentação do Direito Comparado neste trabalho, a fim de ser analisado como outros países regulam os institutos, ou se até existem os institutos da presunção de violência e presunção de inocência, no Direito estrangeiro.

A presunção de inocência é instituto transnacional e atemporal, pois é marco civilizatório humano, logo é esperado em todos os países que tem como organização social um Estado de Direito.

A presunção de violência é também instituto muito pretérito e presente em muitos países, pois foi a forma que as sociedades criaram para facilitar para o julgador e trazer segurança pública à sociedade.

Criar um critério etário para presumir o “não consentimento”, facilita a pré compreensão da população, que determinados atos são antijurídicos, haja vista, as leis precisam ser compreendidas pela sociedade para serem cumpridas.

A presunção de violência, embora seja, de duvidosa constitucionalidade, mas sob o prisma prático tem seu sentido finalístico compreensível. Entretanto é preciso conceber que o pragmatismo legislativo não pode sobrepor a axiologia constitucional, sob pena de leis ordinárias nacionais sobreporem a uma conquista civilizatória da humanidade.

As sociedades, ainda precisam criar um sistema mais qualificado para a proteção dos menores, de relações sexuais não consentidas, pois criar um critério etário, sem avaliar as individualidades, embora pareça prático, mas provoca injustiças.

Portanto, com diferentes critérios etários, cada Estado nacional reproduz o instituto da presunção de violência, pois como dito alhures, trata-se de instituto milenar nas sociedades humanas, bem como não se tem, ou não se confia em alternativa para as presunções, ainda que se reconheça que não seja a ideal forma de proteção de eventuais vulneráveis.

Desta forma, os Estados civilizados vão buscando conciliar a presunção de inocência, com a presunção de violência, dentro de um mesmo sistema jurídico, como se os dois fossem compatíveis, por algum nível de conveniência prática.

As reformas legislativas se sucedem em diversos países, e o instituto da presunção de violência mantêm-se incólume, ao longo de milênios, somente com alterações pontuais na idade de vulnerabilidade, pois as sociedades não atingiram um método mais eficaz sob o prisma prático, para tutelar a sexualidade os menores.

Já a presunção de inocência, conquista civilizatória milenar, também é mantida, ora como princípio geral do Direito, ora como princípio constitucional, a depender do estágio democrático de cada país. E as ordens jurídicas de todos os países, com isso, vão conciliando o inconciliável, a fim de criar a pseudo sensação social de segurança e estabilidade jurídica.

5.1 O Instituto no Direito Português

O Código Penal Português sofreu recente modificação, através do Decreto-lei 48/95, que declara:

A tendência cada vez mais universalizante para a afirmação dos direitos do homem como princípio balizar das sociedades modernas, bem como o reforço da dimensão ética do Estado, imprimem à justiça o estatuto de primeiro garante, da consolidação dos valores fundamentais reconhecidos pela comunidade, com especial destaque para a dignidade da pessoa humana.

A “onda” internacionalista-reformista iniciada nos anos 70, impactou também o Direito Penal Português. O Minimalismo Penal como projeto, tendo a criação das penas restritivas de Direito, como opção ao cárcere. A pena privativa de liberdade, considerada, um mal necessário, dever-se-ia ficar restrita a situações muito específicas (de alto potencial lesivo), de resto, do Direito Penal dever-se-á manter seu caráter subsidiário, minimalista e fragmentário.

Neste diapasão, o Código Penal Português de 1982, sofreu esta influência internacionalista, e a partir das alterações perpetradas pelos Decretos-leis 48 de 1995 e 65 de 1998, produziram significativas mudanças, buscando ajustá-lo a uma (nova) realidade criminológica, em constante mutação.

Na parte especial do novo Código Penal Português, em especial, nos crimes sexuais, as modificações já se mostraram perceptíveis com o deslocamento, não apenas formal, dos crimes sexuais, do título relativo aos “crimes contra valores

e interesses da vida em sociedade”, para o título de “Crimes contra as pessoas”, onde se encontra o capítulo intitulado “Dos Crimes contra liberdade e autodeterminação sexual”.

Abandonou-se a tradicional e moralista tendência de proteção da moralidade e dos costumes, vinculadas aos delitos sexuais, para tutelar a “liberdade e autodeterminação sexual”, este Bem iminente jurídico.

Segundo José António Mouraz Lopes (1995, p. 48),

A Nova versão do Código Penal de 1982 assume, pela primeira vez, a liberdade e a autodeterminação sexual como bem jurídico fundamental tutelado pelos tipos criminais aí referidos.

De sorte que, hoje, só se considera legítima a incriminação de condutas do foro sexual, se, e na medida em que atentem contra um específico bem pessoal, juridicamente tutelado, correspondente à liberdade de expressão sexual.

Em razão disso, foram eliminados do Código Penal Português vários tipos penais, tais como: cópula mediante fraude, ultraje público, ultraje ao pudor de outrem, atentado ao pudor, no intuito de não ter qualquer referência a conceitos morais, dentre os tipos penais.

Desta forma, no (novo) Direito Penal Português, os crimes de violação e coação sexuais, assemelhados no Brasil aos delitos de estupro e o revogado atentado violento ao pudor, tem como vítimas, tanto o homem quanto a mulher, e que as tipificações destes crimes sexuais, tem como objetivo a proteção da dignidade da pessoa humana.

No Direito Penal Português, também há um tipo penal de presunção de violência, e estabelecido no artigo 172, do diploma repressivo, a saber:

Art. 172 Abuso sexual de criança

1 - Quem praticar acto sexual de relevo com ou em menor de 14 anos, ou o levar a praticá-lo consigo ou com outra pessoa, é punido com pena de prisão de 1 a 8 anos.

2 - Se o agente tiver cópula ou coito anal com menor de 14 anos é punido com pena de prisão de 3 a 10 anos.

3- Quem:

- a) Praticar acto de carácter exibicionista perante menor de 14 anos; ou
- b) Actuar sobre menor de 14 anos, por meio de conversa obscena ou de escrito, espectáculo ou objecto pornográficos,
- c) Utilizar em fotografia, filme ou gravação pornográficos; ou

- d) Exibir ou ceder a qualquer a qualquer título ou por meio os materiais previstos na alínea anterior;
 é punido com pena de prisão até 3 anos.
 4 - Quem praticar os actos descritos no número anterior com intenção lucrativa é punido com pena de prisão de 6 meses a 5 anos.

O legislador Português também optou por inserir no diploma criminal a presunção de violência, e estabeleceu aos 14 (Quatorze) anos, o crivo etário em que se considera que o eventual consentimento é inválido, pois segundo os Portugueses esta idade é a fronteira entre a infância e a adolescência.

Convém lembrar que, em capítulo anterior deste trabalho, fora dito que a legislação brasileira (Estatuto da Criança e do adolescente) determinou que aos a 12 (doze) anos é o limite etário entre criança e adolescente, embora no Código Penal tenha estabelecido no artigo 217-A, o tipo penal de estupro de vulnerável, aos 14 (quatorze) anos, o que se mostra uma falta de sistematização.

A falta de coordenação não é peculiaridade brasileira, pois o legislador português, inexplicavelmente, deixou de distinguir entre cópula com menor de 12 (doze) anos e com menor entre 12 e 14 anos de idade, como fazia o código penal anterior, de 1982, nos artigos 201 e 202, punindo mais gravemente o primeiro caso.

Embora as reformas de 1995 e 1998, realizadas pelos decretos Decretos-leis 48 e 65, buscou-se extinguir do diploma penal português referências morais, mas no item 3, do artigo 172, utilizou-se expressões “conversas obscenas”, objetos, espetáculos, filmes, fotografias e gravações pornográficas, impregnadas de referências morais.

Como o objetivo das reformas legislativas supra referidas é tutelar exclusivamente Bens jurídicos, e nesta seara sexual a autodeterminação sexual, então, segundo José Mouraz Lopes (1998, pág 83),

Os objetos obscenos e pornográficos devem ser considerados aqueles capazes de provocar excitação sexual a terceiros, de um lado, e de outro, aqueles idôneos a produzir dano no desenvolvimento fisiológico ou psicológico de pessoas imaturas.

Embora tenha sido o objetivo das reformas supramencionadas, mas é extremamente complexo a extirpação de conceitos e referências morais na seara sexual, especialmente, em se tratando de países com um forte histórico de

influência judaico-cristã, com todas as repressões e “castrações” morais-sexuais, que lhe são características.

Ainda sobre as referências morais, inseridas no Código Penal Português, o diploma subjetivo criou uma figura *sui generis*, quanto a autodeterminação sexual. Dos 14 (quatorze) aos 16 (dezesesseis) anos, admitiu-se a autodeterminação sexual na esfera sexual, embora com certa restrição. O artigo 175 do Código Penal Português criminalizou a prática de atos homossexuais com adolescentes entre 14 a 16 anos, bem como a prática de cópula, coito anal ou oral, desde que tenha havido abuso de sua inexperiência, conforme previsão expressa no artigo 174, do diploma repressivo.

Embora a homossexualidade, entre adultos, não seja considerada conduta criminosa, pune-se a mesma quando praticada com menores de 16 anos, por se entender que estes são considerados vulneráveis, e em razão disso, sofrer influências que podem comprometer sua vontade livre e consciente na sua autodeterminação sexual.

Em verdade, o Estado Português buscou ingressar na União Europeia com uma legislação penal compatível com os demais integrantes, que tem no Bem Jurídico, o epicentro da dogmática penal, expulsando eventuais debates morais dos tipos penais, mas é patente a percepção que a detrimento de tutelar a vulnerabilidade dos adolescentes, buscou-se condicionar a orientação sexual, mediante lei penal, permitindo o sexo após aos 14 anos, desde que não seja, homossexual.

5.2 O Instituto no Direito Espanhol

Da mesma forma que em Portugal, os Espanhóis promoveram reformas em seu Código Penal. A lei Orgânica 10 de 23 de novembro de 1995, modificou substancialmente o Código Penal Espanhol, ao afirmar,

El Código Penal há de tutelar los valores y principios básicos de la convivencia social. Cuando esos valores y principios cambiam, debe también cambiar (O Código Penal tem que proteger os valores e princípios básicos da vida social. Quando esses valores e princípios mudam, também deve mudar)

Das mudanças realizadas no Código Penal, convêm ressaltar destaque ao sistema de penas, visando a efetiva ressocialização, prevista na Constituição deste País, bem como o enfrentamento da eventual antinomia entre o princípio da intervenção mínima, e a crescente necessidade de tutela, em uma sociedade cada vez mais complexa, pautado na valorização dos Direitos fundamentais, e na eliminação das ingerências ilegítimas do Estado na vida dos cidadãos.

Buscou-se um caráter universalista e igualitário no tratamento entre os gêneros, em que a liberdade sexual seria aplicável a todos, e não mais somente aos homens, abandonando o termo “honestidade das mulheres”.

No tocante aos Crimes Sexuais, a atual regulamentação dos “delitos contra a liberdade e integridade sexuais” (*Libertad e Indemnidad sexuales*), decorreu da reforma produzida pela lei orgânica 11 de 30 de abril de 1999, a qual modificou os capítulos I a IV, do Título VIII, do livro II do Código Penal, aprovado pela Lei orgânica 10 de 23 de Novembro de 1995.

Estas reformas ocorreram em razão da atuação dos parlamentares de pautas mais populares, e do Ministério Público Espanhol, no intuito de produzir uma proteção mais efetiva à integridade e a liberdade sexual dos menores e incapazes.

Substitui-se a denominação “delitos contra a liberdade sexual”, do título VIII, por se entender que o Bem jurídico tutelado não se limita à liberdade, mas a autodeterminação sexual, e ao direito de rechaçar intromissões de terceiros, neste âmbito.

Segundo Candido Conde-Pumpido Ferreira, citado por Adelina Carvalho, (2004, p.113), trata-se “**de um direito de *indemnidad y intangibilidad* dos menores de idade e incapazes, pessoas que carecem da possibilidade de autodeterminarem-se sexualmente**”.

A expressão *indemnidad*, segundo a doutrina espanhola, tornou-se identificada com a *intangibilidad*, vindo a significar que certas pessoas em razão das qualidades que possuem, ou situações em que se encontram, são sexualmente intocáveis, devendo permanecer à margem da experiência sexual.

Segundo Francisco Alonso Pérez, jurista espanhol (2001, p. 15),

apesar da revolução no sistema penal, realizada através da regulamentação do título VIII no Código Penal de 1995, ainda está aquém das exigências da sociedade nacional e internacional, no tocante aos bens Jurídicos, que não se reduzem à expressada liberdade sexual, visto que, também não se tem em conta os direitos inerentes à dignidade da pessoa humana, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, e da integridade sexual dos menores, e incapazes, cuja vontade, carente da necessária formação, para poder ser considerada livre, não pode ser sempre determinante da licitude de algumas condutas que, todavia, poderiam ser lícitas entre os adultos.

No entanto, este entendimento não é unanimidade entre os juristas espanhóis, pois alguns acreditam que a limitação do conceito de liberdade sexual aos casos em que a vítima esteja em condições fáticas e jurídicas de decidir, mostra-se inadequado para expressar a autêntica dimensão axiológica, que é própria do exercício livre da sexualidade.

A posição destes juristas se funda na própria legislação, pois esta reconhece algum nível de liberdade sexual para os menores, já que a sanção é mais grave quando o ato sexual é contrário à sua vontade (agressão), em relação ao consentimento inválido (abuso).

A Lei Orgânica 11/99 estabeleceu a idade de 13 anos, como o limite etário a ser considerado “vítima especialmente vulnerável por razão de sua idade”. No artigo 180, parágrafo 1º, alínea 3ª, informa que incidirá agravante no caso de prática de crime de agressão sexual, **“quando a vítima é uma pessoa especialmente vulnerável, por razão de idade, enfermidade, quando for menor de 13 anos”**.

Trata-se o referido dispositivo de crime sexual quando praticado com violência ou intimidação contra vítima menor de 13 anos ou incapacitado, temporária ou permanentemente, sem que haja seu consentimento ou este seja inválido.

Ensina Orts Berenguer (2001, p.62),

Que caberá a aplicação da agravante quando o ofendido se encontra, por alguma das causas mencionadas, de maneira crônica ou momentânea, em uma situação de manifesta desvantagem e debilidade, para enfrentar com chance de êxito as intenções do agente, em uma situação de inferioridade manifesta, em razão da desproporcionalidade de forças, ou pelo estado de abatimento, de apurada necessidade.

Para Escobar Jimenez, (2004, p. 115) o dispositivo acima citado,

refere-se à pessoa que conta com pouca defesa, facilmente atacável, pretendendo o legislador punir com maior severidade atentado sexual a pessoas com escassa capacidade de reação e oposição. Sendo a vítima pessoa especialmente vulnerável, exige-se que em cada caso concreto seja realizada uma valoração, sempre se observando a sua idade, enfermidade ou situação.

Desta forma, Escobar Jimenez, compreende que a idade por si só não deve gerar a vulnerabilidade, mas no caso concreto, será avaliado a idade e outros elementos fáticos, a fim de se concluir que houve ou não o tipo penal do artigo 180 do Diploma Penal Espanhol.

O artigo 181 do Código Penal Espanhol diferencia-se em relação ao artigo anterior, pois neste, o tipo penal não tem “violência”, ou como os espanhóis classificam como “agressão sexual”. No disposto do artigo 181, há a ausência de violência e intimidação, bem como de consentimento, ou pelo menos consentimento viciado, por parte de menor de 13 anos, e dos incapazes para a prática de atos sexuais.

A doutrina espanhola entende que a reforma penal produziu inovações em relação aos antigos artigos 429 e 430 do código de 1973, nas quais havia equiparação do ato sexual praticado com violência ou intimidação, em relação ao de violência presumida, ou “*violación presunta*”.

Embora, como dito alhures, há divergência na doutrina, mas é quase unanimidade nesta que, o crime de abuso sexual (violência presumida) protege menos a liberdade sexual do sujeito passivo e mais o direito à intangibilidade, integridade sexual, havendo uma presunção *iuris et de iuris*, de abuso sexual não consentido aos menores de 13 anos, ou que sofrem de transtorno mental.

Segundo esta doutrina majoritária o consentimento autêntico não é possível em determinadas fases de imaturidade psico-orgânica, em razão da idade ou de estados patológicos do sujeito, incompatíveis com o consentimento verdadeiro e livre.

É necessário para a caracterização do tipo penal que o agente aja com dolo, ou seja, que conheça ser sua promessa enganosa, e sabedor que a vítima seja menor de 13 anos (hipótese de abuso sexual), ou entre 13 e 16, nas hipóteses de agressão sexual.

Como a sexualidade, e todos os diversos ramos de condutas humanas estão adstritas ao momento histórico de cada País, inexistindo condutas reprimidas juridicamente em todos os momentos históricos, então, as reformas supra mencionadas, vinculam-se ao que a sociedade portuguesa e espanhola acreditavam à época como repulsivas socialmente, buscando adequar não só ao que culturalmente seus povos entendem como aceitáveis, ou desejáveis, mas especialmente uma legislação compatível com a União Européia, haja vista, neste momento histórico, estes países ibéricos estavam ingressando no Bloco Europeu de países, e em razão disso, buscou-se adequar a economia, política e até normas jurídicas, para uma mais fácil assimilação sócio-econômico-cultural.

5.3 Análise comparada

No âmbito da sexualidade, assim como as demais condutas humanas, não há alguma que sempre fora reprimida socialmente. Em cada momento histórico, cada sociedade escolhe quais condutas são consideradas tão ofensivas ao corpo social, tipificando-as como crime.

E ao longo do tempo, algumas passam a ser reprimidas criminalmente, outras deixam de ser, sempre em busca de melhor regular e regulamentar a vida em sociedade. Portanto, a legislação, em especial criminal, revela a realidade socio-econômica-cultural de um momento histórico, de uma sociedade, desta forma, não é indicável que haja a comparação e “importação” de institutos jurídicos estrangeiros para outra sociedade, haja vista, o Direito de cada povo deve revelar a sua própria realidade.

Positivamente, tanto as legislações Brasileiras, quanto a Portuguesa e a Espanhola puseram fim às antigas discriminações de gênero, nos tipos penais em estudo, ou seja, o sujeito passivo poderá ser indistintamente um homem ou uma mulher. Da mesma forma, na legislação dos três países foi extirpado descrições de termos, tais como: mulher honesta, mulher virgem, inexperiência sexual, etc, todas expressões que remontam a um Direito pautado numa concepção patriarcal, sem isonomia de gênero.

As legislações dos países têm avançado, e tem-se percebido que não é mais a moral sexual que reclama proteção, mas o direito individual de liberdade de escolha do parceiro, e de consentimento na prática do ato sexual, direito inerente à personalidade do ser humano. A violação sexual ofende a esta liberdade e não aos costumes ou à moral pública.

No Direito Penal Português, a antiga expressão “atentado violento ao pudor”, foi substituída por “*acto sexual de relevo*”, enquanto que no Direito Espanhol passou a utilizar a expressão “*actos que atentem contra la libertad sexual*”, expressões que abrangem atos sexuais em geral, à exceção da conjunção carnal, introdução de objetos e penetração oral ou anal, no intuito de excluir qualquer conotação moral na previsão dos delitos sexuais.

No Brasil, a lei 12.015/2009, acabou com o tipo penal do “atentado violento ao pudor”, enquanto tipo específico, migrando suas condutas típicas para o crime de estupro, e ampliando o sujeito passivo para ambos os gêneros.

Houve equiparação nos três países entre a conjunção carnal, coito oral, e coito anal, para fins de tipificação penal e conseqüente sanção, o que se mostra adequado juridicamente, haja vista se trata de mesma violência, por corresponder condutas sexuais não consentidas, e de mesma natureza.

Segundo Ana Lúcia Sabadell (1999, p.88),

É de ser aplaudida as novas concepções sociais e penais em matéria de sexo, em Portugal e Espanha. A equiparação das condutas nos diplomas legais, parte-se do princípio de que não existe distinção de ilicitude do fato com relação à forma de penetração praticada sem o consentimento da vítima.

Portanto, enquanto o legislador Português tipifica a prática de atos sexuais antes dos 14 anos, como “abuso sexual”, e entre 14 e 16 anos, por atos homossexuais, como “abuso de inexperiência”, e o legislador Espanhol, a prática com menores de 13 anos, como *violación presunta*, e entre 13 e 16 anos, como “sexo mediante engano”, o legislador Brasileiro, após reforma na legislação penal, pela lei 12.015/2009, manteve a figura da violência presumida, no tipo do artigo 217-A, aos 14 anos, criando a figura do estupro de vulnerável, com entendimento jurisprudencial de presunção *luris et luris*, no qual além de violar a presunção de inocência, subverte toda a dogmática criminal, pois inverte o ônus da prova, que deve ser do Estado, transferindo ao acusado da suposta infração penal. E como se trata de presunção absoluta de violência, mitiga, inclusive a possibilidade de defesa, cabendo somente a figura jurídica do “erro de tipo”, demonstrável, a fim de evitar a condenação pelo crime de estupro de vulnerável.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho buscou demonstrar as inconstitucionalidades do Instituto da presunção de violência, previsto no atual artigo 217-A do Código Penal Brasileiro, que tipifica o crime de estupro de vulnerável, quando estabelece que “ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (quatorze) anos é estupro, por presunção de que o menor não consentiu ao ato sexual”.

Ficou demonstrado que a presunção de violência está em choque axiológico com a presunção de inocência, previsto na Constituição Federal, pois aquela subverte a lógica acusatória, já que ao Estado, através do Ministério Público, compete promover apresentar e provar a culpabilidade, mas nos casos de presunção, ao *parquet* tornou-se desnecessário, já que a lei de forma antecipada e genérica presume a conduta antijurídica.

Fora dito no trabalho que a presunção de violência viola uma série de princípios constitucionais, tais como: o da culpabilidade, do contraditório e ampla defesa, acusatório, o da lesividade, o do livre convencimento motivado do juiz, verdade real, entre outros.

Foi dissertado que viola o princípio da culpabilidade pois atribui a responsabilidade penal objetiva, já que não analisa a responsabilidade penal do acusado no caso concreto, ou seja, subjetiva.

Viola o princípio da contraditório e ampla defesa já que ao presumir a violência, e no atual estágio jurisprudencial, que estabelece como presunção absoluta (*Iuris et Iuris*), mitiga a defesa, já que o acusado presumidamente cometeu o crime, quase sem possibilidade de contraditar a acusação.

Viola o princípio acusatório, pois a presunção de violência cria a desnecessidade do Estado, através do Ministério Público, de promover a acusação e demonstrar a culpa do acusado, já que a lei substitui a atuação ministerial acusatória.

Viola o princípio da lesividade, pois atribui, por presunção, a violação de um Bem jurídico. No concreto pode não haver violação de um Bem jurídico, pois o consentimento pode ter sido válido, o que só se saberá através de instrução processual.

Viola o princípio do livre convencimento motivado do juiz, pois a lei substitui a compreensão jurídica do magistrado, ou seja, o legislativo subverte a função jurisdicional no *múnus* de julgar, cabendo ao juiz somente acatar a determinação legal.

Viola o princípio da verdade real, pois ao criar a presunção, cria-se a ficção jurídica de pré concepção dos fatos e da violência, desnecessitando ao magistrado verificar o que aconteceu, e como aconteceu.

Enfim, viola inúmeros princípios constitucionais, o que tornaria a lei inconstitucional, quando posterior a Constituição, ou não recepcionada, quando anterior a Constituição.

No caso Brasileiro, o Código Penal de 1940 definia no artigo 224, alínea “a”, **“presume-se a violência quando a vítima não era maior de 14 anos”**, hipótese de não recepção Constitucional. Ocorre que, em 2009, surgiu a lei 12.015/2009, que promoveu significativas alterações no código penal, em especial nos crimes sexuais, inclusive revogando o artigo 224, alínea “a”.

Embora tenha revogado o dispositivo supramencionado, mas o instituto da presunção de violência foi mantido, pois se criou o artigo 217-A, intitulado “estupro de vulnerável”, inclusive com o mesmo critério etário, qual seja, 14 anos, tornando-o inconstitucional, por ser posterior ao Diploma Magno.

Foi demonstrado a historicidade tanto da presunção de violência quanto da presunção de inocência, desde a sua criação até os dias de hoje, em contextos temporais e espaciais diferentes.

Quanto à presunção de violência, os registros históricos coletados demonstram que remontam ao Direito Romano, no qual se buscou tutelar os incapazes de consentir, ora por debilidade mental, ora por tenra idade.

Portanto, segundo o *Practica Nova Rerum Criminalium*, **“quem não pode consentir, dissente”**, ou seja, quem não tem capacidade para anuir com o ato, não anuiu.

Fora discutido que o Instituto da Presunção de violência atravessou os séculos e ingressou no arcabouço jurídico de grande parte dos países, sendo instrumento legislativo utilizado para tutelar os vulneráveis sexualmente.

A Presunção de inocência, da mesma forma, trata-se de instituto jurídico muito pretérito, e segundo as fontes trazidas neste trabalho, remota ao século XVIII, com as revoluções liberais, Francesa e Norte Americana, tendo seu natalício com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, na França.

Conforme demonstrado, a presunção de Inocência ingressou nos sistemas jurídicos nacionais, principalmente, após a 2ª Guerra Mundial, com a Declaração Universal de Direitos Humanos, da Organização das Nações Unidas, de 1948.

No Brasil, até a Constituição Cidadã, era tido como Princípio Geral do Direito, que servia como mero orientador hermenêutico para os magistrados. Com a Constituição Federal de 1988, tornou-se Princípio Constitucional, expresso no artigo 5º, inciso LVII, que afirma: “**ninguém será considerado culpado até o Trânsito em Julgado de Sentença Penal Condenatória**”.

Esta previsão Constitucional foi plasmada no diploma processual penal, que tem no artigo 283, a seguinte dicção legal, com redação dada pela lei 12.403/2011, *in verbis*:

Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva

Portanto, a legislação pátria convive com previsão de presunção de violência, no artigo 217-A, e com a previsão de presunção de inocência, na Constituição no artigo 5º, inciso LVII e Código de Processo Penal, no artigo 283.

Foi tratado também da recente discussão no STF sobre o alcance da Presunção de inocência, em relação a execução provisória de pena. Antes de 1999, entendia-se que era possível a prisão após condenação em segundo grau, sob o argumento de que os recursos especiais e extraordinários não gozam de efeitos suspensivos. Em 2009, o Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional o instituto, e determinou que somente após o trânsito em julgado poder-se-ia ser preso.

Este entendimento perdurou até 2016, quando a Corte Constitucional, novamente autorizou a execução provisória da pena. E este entendimento será

reavaliado com o julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidades 43 e 44, com previsão para abril de 2019.

O que se percebe é que a Suprema Corte, interprete da Constituição, oscila de acordo com o momento histórico. Em tempos mais democráticos, a corte entende que as prisões devem ser exceção no sistema, e em tempos mais conservadores e retrógrados, o Tribunal Constitucional Brasileiro, flexibiliza Direitos Fundamentais.

Outra situação tratada neste trabalho, que também se mostra inconstitucional é o comparativo do artigo 217-A, que retrata o estupro de vulnerável, com o artigo 216, que trata do estupro.

Como foi explicitado, o estupro de vulnerável, que caracteriza violência ficta, tem pena que varia de 8 a 15 anos de reclusão, enquanto que o estupro, que é pautado em violência real, tem pena base que varia de 6 a 10 anos de reclusão. Ou seja, a violência ficta tem maior sancionamento que a violência real.

Por não atender ao Princípio da proporcionalidade (*Verhältnismässigkeit*), na cominação das penas bases nos tipos penais, proporciona a inconstitucionalidade por violar a proibição do excesso (*Übermassverbot*), que se caracteriza por ser o garantismo negativo, ou na modalidade de proteção deficiente, revelando-se o garantismo positivo.

Foi tratado também da evidente incompatibilidade entre o Estatuto da Criança e do adolescente e o Código Penal Brasileiro. O Diploma menoril estabelece que aos 12 anos de idade, a pessoa torna-se adolescente, e com isso, com autonomia jurídica para opinar em seus eventuais processos de guarda, tutela e adoção, bem como podem ser sujeitos de medidas socio-educativas, das quais inclui a internação, por até 3 (três) anos, ou seja, privação de liberdade, como medida pedagógica.

O Código Penal, estabelecia no artigo 224, alínea “a”, a idade de 14 anos, com limiar etário para a vulnerabilidade sexual. Com a reforma da lei 12.015/2009, o artigo 217-A, manteve o referencial etário de 14 anos, e criou o tipo de estupro de vulnerável, sustentando a presunção de violência na hipótese.

Fora discutido que, se, aos 12 anos o adolescente já tem autodeterminação sexual para ter sua liberdade restringida, por razões epistemológicas, ter-se-ia autodeterminação sexual.

Como fora discutido neste trabalho, a existência do critério etário de 14 anos, no tipo penal do artigo 217-A, além de não atender qualquer razão de criminologia ou política criminal, mostra-se em dissintonia com o Estatuto da Criança e do adolescente, que é diploma hermeneuticamente específico.

Foi tratado neste trabalho, como a presunção de violência, nos crimes sexuais, é tratado no Direito comparado, em especial em Portugal e Espanha, haja vista a importância e influência histórica destes países no Direito Pátrio.

E como deslinde das inconstitucionalidades, como é de clareza solar as inconstitucionalidades da presunção de violência, (em especial a retratada no artigo 217-A), como é possível a sua convivência de certa forma harmônica com a presunção de inocência, não só no Brasil, mas em boa parte do mundo civilizado?

Fora demonstrado que, embora as presunções, em especial incriminadoras, não deveriam existir, pois violam as mais seculares garantias civilizatórias, entretanto, como não há outro método considerado “seguro” para tutelar os vulneráveis, os Estados “aleatoriamente”, escolhem um critério etário, e presumem genericamente, o não consentimento sexual, abaixo daquela idade. Restou demonstrado que, pelo fato da Presunção de inocência se tratar de um Direito Humano Fundamental, não se pode por conveniências estruturais mitigá-la, em nome de tutelar outro Direito. O Estado precisa enfrentar de forma metodológica e científica o caso concreto, e verificar se houve consentimento válido, ou se trata de pessoa vulnerável.

Foi concluído que presumir, parece ser uma solução fácil e prática, mas além de violar a constitucionalidade, produz mais injustiças que segurança jurídica, e em razão disso, não pode ser tolerada, sob pena de se legitimar qualquer atuação estatal, criando-se um Estado autoritário.

REFERENCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria de Los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- ALONSO PÉREZ, Francisco. **Delitos contra la Libertad e Indemnidad Sexuales** (perspectiva Jurídica y Criminológica). Madrid: Dykinson, 2001.
- AQUILES, Haroldo. Desempenho Sexual em Xequê. A Tarde. Salvador, 05.05.2002
- BARCELONA. **Código Penal**. Barcelona: J.M Bosch editor S.A, 1996
- BARROSO, Luis Roberto e BARCELOS, Ana Paula. Presunção de inocência, Devido Processo Legal, Ampla Defesa e outros tópicos de Direito Processual Penal à luz da Constituição de 1988. **Discursos sediciosos: Crime, Direito e Sociedade**. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, volume 02, nº 04, 1997.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1998.
- BATISTA, Weber Martins. O princípio Constitucional da Inocência: Recurso em Liberdade. Antecedentes do Réu. **Revista de julgados e Doutrina do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo**. São Paulo, n.6, 1990.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. 11 edição, revisada e atualizada. São Paulo: editora Saraiva, 2017, v.4.
- BRANDÃO, Cláudio. **Introdução ao Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2002a.
- _____. **Teoria Jurídica do Crime**. Rio de Janeiro: Forense, 2002b.
- BRASIL, *Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890*. Dispõe sobre o Código Penal da República dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm >. Acesso em: 28 Jan.2019
- BRASIL, *Exposição de motivos do Código Penal de 1940*. Disponível em < <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-exposicaodemotivos-148972-pe.html> >. Acesso em: 28 Jan.2019
- BRASIL. Lei 8.069 de 13 de Julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069Compilado.htm >. Acesso em. 11 Fev 2019
- BRASIL. Decreto-Lei 3689, de 03 de Outubro de 1941. Código De Processo Penal. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm Acesso em 20 Fev 2019
- BRASIL. Constituição De República Federativa do Brasil. Disponível em >http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 20 Fev 2019

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Resp nº 1.480.881-PI* (2014/0207538-0 (repetitivo). Rel. Ministro Rogério Schietti, publicado em 27-8-2015). Disponível em <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 28 Jan. 2019

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Enunciado de sumula 593*. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 28 Jan 2019

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *HC 73662-9*. Rel. Min. Marco Aurélio. Publicado em 20.09.1996. < disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso: 28 Jan. 2019

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *HC 76.246-1*. Rel. Min. Carlos Veloso. Publicado em 20.04.2001. <disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso: 28 Jan. 2019

BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO. Súmula 122. Disponível em <https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=noticia_visualizar&id_noticia=12527> acesso em 20 de fev 2019.

CANOTILHO, J.J.Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998.

CARELLI, Gabriela. O Sexo começa cedo e com ousadia. Veja. São Paulo, 13.02.2002.

CARVALHO, Adelina de Cássia Bastos Oliveira. *Violência Sexual presumida-* (Uma Análise em face do Princípio Constitucional da Presunção de Inocência e da Capacidade de autodeterminação sexual do Menor). Curitiba: Juruá, 2004.

CHAUÍ, Marilena. Repressão sexual. São Paulo: Brasiliense, 1984.

CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Candido *et alii*. **Código Penal Doutrina y Jurisprudencia**. Madrid: Trivium, 2000, Tomo II, Artículos 138-385, p.2.159-2.160 *apud* CARVALHO, Adelina de Cássia Bastos Oliveira. *Violência Sexual presumida-* (Uma Análise em face do Princípio Constitucional da Presunção de Inocência e da Capacidade de autodeterminação sexual do Menor). Curitiba: Juruá, 2004.

COSTA, José Armando da. **Estrutura Jurídica da Liberdade provisória**. São Paulo: Brasília Jurídica, 1997.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Forense Universitária. 1988

ESCOBAR JIMENÉZ, R. CASTELLÓ NICÁS, Núria. La Agravante Víctima Especialmente Vulnerable por Razón de su Edad del Delito de Abuso Sexual de los arts. 181 y 182: su Aplicación al menor de trece años y la posible Vulneración del Principio *Non Bis In Idem*. Actualidad Penal, n.37, Madrid: Asociación de prensa Profesional, 1999, p. 717-726 *apud* CARVALHO, Adelina de Cássia Bastos Oliveira. *Violência Sexual presumida-* (Uma Análise em face do Princípio Constitucional da Presunção de Inocência e da Capacidade de autodeterminação sexual do Menor). Curitiba: Juruá, 2004.

ESPAÑA. LEI ORGANICA 10 de 23 de Novembro de 1995. Disponível em <file:///C:/Users/milen/Downloads/BOE-038_Codigo_Penal_y_legislacion_complementaria.pdf. acesso em 20 de fev 2019.

ESPAÑA. LEI ORGANICA 11 de 30 de abril de 1999. Disponível em <file:///C:/Users/milen/Downloads/BOE-038_Codigo_Penal_y_legislacion_complementaria.pdf. acesso em 20 de fev 2019.

FRANCO, Alberto Silva. *Código Penal e sua interpretação Jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

GOMES, Luiz Flávio. A Presunção de Violência nos Crimes Sexuais. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

GOMES, Luiz Flávio. A presunção de Violência nos Crimes Sexuais. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1996.

GOMES, Luiz Flávio. A presunção de Violência nos Crimes Sexuais. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1996.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. O princípio da Presunção de Inocência na Constituição de 1988 e na Convenção Americana sobre Direito Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Revista do Advogado. São Paulo: Associação dos advogados de São Paulo. Nº 42, 1994.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Sobre o Direito à Prova no processo Penal. 1995. (Tese de Livre Docência, Departamento de Direito Processual), Faculdade de Direito de São Paulo. São Paulo.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Direitos Fundamentais, Processo e Princípio da Proporcionalidade, In: GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org). *Dos Direitos Humanos aos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 10ª edição, revista e ampliada. São Paulo. Malheiros Editores. 2008

LOPES, José António Mouraz. Os Crimes contra a Liberdade Sexual no Código Penal Português após a Revisão de 1995. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. 1995

LOPES, José Mouraz. **Os Crimes contra a Liberdade e autodeterminação Sexual no Código Penal**. Coimbra, 1998, p.83

LUIZI, Luiz. **Os Princípios Constitucionais Penais**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

MARQUES, Frederico. **Pareceres**, São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, 1993.

MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Menor. Sujeito de uma Tutela Jurídica Especial**, 1979, Dissertação (Mestrado), Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

- MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, tomo IV, Direitos Fundamentais. Coimbra: Coimbra, 2000.
- MONTAÑÉS PARDO, Miguel Angel. La Presunción de Inocencia-análisis Doctrinal y Jurisprudencial. Pamplona: Arazandi, 1999, p.38, *apud* CARVALHO, Adelina de Cássia Bastos Oliveira. *Violência Sexual presumida-* (Uma Análise em face do Princípio Constitucional da Presunção de Inocência e da Capacidade de autodeterminação sexual do Menor). Curitiba: Juruá, 2004.
- NOVOA MONTREAL, Eduardo. Progresso Humano e Direito Penal. Revista de Direito Penal (RDP). Rio de Janeiro, 1971
- ONU (1948). Declaração de Universal de Direitos Humanos. Viena. Disponível em < https://declaracao1948.com.br/declaracao-universal/declaracao/?gclid=Cj0KCQiAn4PkBRCDARIsAGHmH3dDUjB45qY3jyhHUhMk-JovIAZs8YHsHqwRF06Mic_OVDVJNRdZ_csaAlu6EALw_wcB. Acesso em acesso em 20 de fev 2019.
- OEA (1969). Organização dos Estados Americanos, Convenção Americana de Direitos Humanos (“Pacto de San José de Costa Rica”). Disponível em <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm Acesso em acesso em 20 de fev 2019.
- ORTS BERENQUER, *apud* ALONSO PÉREZ, Francisco. Delitos Contra la Libertad e Indemnidad Sexuales (Perspectiva Jurídica y Criminológica). Madrid: Dykinson, 2001
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. A sexualidade vista pelos Tribunais. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- PIRANGELLI, José Henrique. Escritos Jurídicos Penais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- PIREANGELLI, José Henrique. O Consentimento do ofendido (Na Teoria do delito). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- ROSA, Miguel Feu. Antônio José. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2000
- ROTHENBURG, Walter Claudius. Direitos Fundamentais e suas Características. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- SABADELL, Ana Lúcia. A Problemática dos Delitos Sexuais numa perspectiva de Direito Comparado. **Revista Brasileira de Ciências Criminas**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- TORRES, Jaime *apud* Gomes, Luiz Flavio. A presunção de Violência nos Crimes Sexuais. **Revista de Ciências Criminas**. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1996.
- ZAFFARONI, Eugênio Raúl. Tratado de Derecho Penal-parte geral. Buenos Aires: Ediar, 1995.

